



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Procederende belangenorganisaties in de polder: een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter

Stolk, R.

Citation

Stolk, R. (2024, April 23). *Procederende belangenorganisaties in de polder: een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter*. Meijers-reeks. Uitgeverij Paris, Zutphen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3748024>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3748024>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

6 | Belangenorganisaties en *public interest litigation*: een Amerikaanse verkenning

6.1 INLEIDING

De Nederlandse theorieën en ervaringen met betrekking tot strategisch procederende belangenorganisaties zijn relatief beperkt in vergelijking met de Amerikaanse, waar belangenorganisaties al ruim 70 jaar de gang naar de rechter weten te vinden. Zij doen dat vooral om sociale verandering te bewerkstelligen. Zo oordeelde de Supreme Court al in 1954 in de baanbrekende procedure van *Brown v. Board of Education of Topeka* dat rassensegregatie op scholen onconstitutioneel is.¹ Deze zaak maakte onderdeel uit van een reeks procedures over segregatie op scholen en werd gecoördineerd, ondersteund en gefinancierd door de NAACP. *Brown* inspireerde andere belangenorganisaties, zoals de ACLU, om de gang naar de rechter te (blijven) gebruiken als een manier om *constitutional values* te beschermen en promoten.² Procederende belangenorganisaties vormden daarmee een belangrijke drijvende kracht achter de opkomst en ontwikkeling van de Amerikaanse burgerrechtenbeweging. Als geboorteplaats van PIL kent de VS een lange en rijke onderzoekstraditie naar het fenomeen. Voor dit proefschriftonderzoek is met name de rechtssociologische onderzoekstraditie relevant, omdat daarin de meeste aandacht uitgaat naar de rol van belangenorganisaties als centrale actor binnen PIL. In dit hoofdstuk zal vanuit rechtssociologische theoretische, normatieve en empirische inzichten met betrekking tot de rol van belangenorganisaties binnen PIL in de VS kritisch worden gereflecteerd op het Nederlandse effectiviteits- en legitimiteitsdebat met betrekking tot de toegang van belangenorganisaties tot de rechter.

De rol die belangenorganisaties spelen binnen PIL wordt mede bepaald door de *legal opportunity structures* en dus de inrichting van het Amerikaanse rechtssysteem. Nu er grote verschillen bestaan tussen de VS en Nederland in termen van rechtssysteem, rechtscultuur en politieke cultuur, is niet gekozen

1 USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown v. Board of Education of Topeka*). Overigens betreft dit een samenvoeging met vier andere zaken over scholensegregatie waarbij de NAACP was betrokken, namelijk *Briggs v. Elliott*, *Bolling v. Sharpe*, *David v. County School Board* en *Belton (Bulah) v. Gebhart*.

2 Zie o.a. Chayes 1976; Fiss 1979; Feldman 1992. Bij *constitutional values* gaat het om de impliciete en expliciete waarden en principes die ten grondslag liggen aan de constitutie.

voor een gedetailleerd rechtsvergelijk.³ Om de effectiviteit van de toegang van belangenorganisaties tot de Nederlandse rechter vanuit een bredere context te kunnen beoordelen, zal op hoofdlijnen de relevante procesrechtelijke context worden geschetst waarbinnen PIL in de VS plaatsvindt. Het gaat dan om de mate waarin belangenorganisaties toegang hebben tot de Amerikaanse rechter, de implicaties ervan voor de typen belangen die in rechte kunnen worden behartigd en de verhouding tot het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming. Zo zal worden gekeken naar instrumenten als de *class action*, *representative associational standing* en de *amicus curiae*. Ook zal worden gekeken naar het belang van beroep tegen algemene regels voor de effectiviteit van PIL.

Ten aanzien van de legitimiteit van PIL wordt verkend welke benaderingen en argumenten een belangrijke rol spelen in de Amerikaanse rechtssociologische literatuur. Daarin vormt de in het vorige hoofdstuk besproken ongelijke toegang van belangenorganisaties tot het politieke proces een belangrijk uitgangspunt bij het denken over de democratische legitimiteit van PIL. Onderzocht wordt in hoeverre deze literatuur handvatten kan bieden bij een herwaardering van het Nederlandse beoordelingskader voor de legitimiteit van procederende belangenorganisaties. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld rechtssociologische inzichten over de meerwaarde van belangenorganisaties als procespartij en de verhouding tussen belangenorganisaties en (individuele leden van) de achterban. Tot slot zal kort worden stilgestaan bij het rechtssociologisch onderzoek naar de vraag in hoeverre PIL-procedures daadwerkelijk op de lange termijn tot duurzame sociale verandering hebben geleid (oftewel de effectiviteit van PIL in termen van impact). Daar is in Nederland nog weinig over bekend. In de VS daarentegen is de mate waarin rechtszaken daadwerkelijk kunnen bijdragen aan duurzame sociale verandering een belangrijk onderwerp van wetenschappelijk debat, dat zowel implicaties heeft voor de legitimiteit als effectiviteit van procederende belangenorganisaties. Hoewel de impact van procedures mede afhankelijk is van de politieke cultuur en rechtscultuur in een land, kunnen Amerikaanse rechtssociologische theorieën over de impact van PIL wel enig licht doen schijnen op mogelijk relevante factoren, zoals het risico op *backlash*.

3 Er bestaan immers grote verschillen tussen de VS en Nederland, in termen van rechtssysteem, rechtscultuur en politieke cultuur. Zo kent Amerika een federale staatsinrichting, een tweepartijstelsel en een pluralistisch ideaal gebaseerd op een clash van ideeën, terwijl Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat is met een stelsel van evenredige vertegenwoordiging waarbij binnen het poldermodel het sluiten van compromissen en het zoeken naar consensus centraal staan. Bovendien heeft de VS een common law-traditie en ruime mogelijkheden voor constitutional judicial review, terwijl Nederland een civil law-traditie kent en getypeerd wordt door het toetsingsverbod en afwezigheid van beroep tegen algemene regels. Vanwege dergelijke grote verschillen in politiek stelsel en rechtssysteem is een gedetailleerd rechtsvergelijk weinig behulpzaam voor het beantwoorden van de op Nederland gerichte onderzoeksvraag.

6.2 PUBLIC INTEREST LITIGATION IN DE VS

In deze paragraaf wordt ingegaan op de betekenis en ontwikkeling van PIL in Amerika. Dit is van belang, omdat PIL niet volledig synoniem is aan procederende belangenorganisaties. Hoewel de twee kunnen overlappen is niet iedere procedure van een belangenorganisatie een PIL-procedure en wordt niet iedere PIL-procedure daadwerkelijk gevoerd door een belangenorganisatie. Ook de wijze waarop PIL wordt gebruikt in de Nederlandse juridische literatuur verschilt op punten van de Amerikaanse definitie. Juist achter deze terminologische verschillen blijken belangrijke inzichten schuil te gaan. Daarnaast biedt de wijze waarop PIL in Amerika is opgekomen en zich heeft ontwikkeld de noodzakelijke context waartegen de rest van dit hoofdstuk dient te worden begrepen.

6.2.1 Het concept *public interest litigation*

In essentie gaat het bij PIL om juridische procedures die een bepaalde versie van het publiek belang promoten.⁴ Van origine wordt PIL nauw geassocieerd met progressieve of liberale rechtszaken die gaan over de bescherming en uitbreiding van rechten van etnische minderheden, armen, vrouwen en andere achtergestelde groepen. Daarbij wordt PIL veelal beschouwd als een reactie op democratische gebreken in het politieke besluitvormingsproces of marktfalen.⁵ Belangen die ondergerepresenteerd worden in het politieke proces of onvoldoende door de markt kunnen worden gerealiseerd, kunnen via PIL alsnog een stem krijgen bij de rechter. Belangenorganisaties spelen hierbij een belangrijke rol. In tegenstelling tot Nederland is dit vaak niet als procespartij (zoals uit par. 6.3 zal blijken biedt het Amerikaanse procesrecht relatief weinig mogelijkheden om als belangenorganisatie in rechte collectieve of algemene belangen te behartigen), maar als coördinerende en ondersteunende organisatie bij een individuele procedure. De kwalificatie van een procedure als PIL-procedure is daarmee niet afhankelijk van de vraag wie procedeert, maar vooral van waarom er wordt geprocedeerd: is het een procedure gericht op bescherming van een *public interest*?

Het antwoord op die vraag is onderwerp van debat, waarbij de controverse zich richt op welke belangen als publiek belang kunnen worden aangemerkt.⁶ Waar PIL van origine vrijwel uitsluitend werd geassocieerd met progressieve en liberale waarden en met groepen die werden ondergerepresenteerd in het politieke proces, wordt sinds de jaren '70 gewezen op het toenemende gebruik van de rechtsgang om conservatieve waarden te beschermen, zoals bedrijfs-

4 Chen & Cummings 2013, p. 4.

5 Zie bijv. Weisbrod 1978, p. 22.

6 Chen & Cummings 2013, p. 6.

belangen en religieuze belangen.⁷ Daarmee is de vraag wie aanspraak mogen maken op het 'frame' van PIL onder druk komen te staan. Dit heeft in de Amerikaanse wetenschap onder andere geleid tot een meer relativistische benadering van PIL, waarbij de visie op een betere wereld van de desbetreffende belangenorganisatie centraal staat en niet een objectief vast te stellen hoger belang, en termen als *cause lawyering*.⁸ Ook doen meer 'neutrale' termen hun intrede, zoals *strategic litigation* (met een focus op de juridische procedure als onderdeel van een bredere strategie van belangenbehartiging) en *impact litigation* (met een focus op de bovenindividuele impact van een rechtszaak).⁹ Anderen, zoals Chen en Cummings, hebben juist bepleit dat moet worden vastgehouden aan de term PIL:

'It retains its power not because there is an Archimedean point by which we may judge the public interest across the divisions of politics and culture, but rather precisely because it claims a higher political ground, asserts a vision (or multiple visions) of the good society, and frames the definitional question in historically grounded and institutionally specific terms. [...] A label at the center of so much fighting must be worth fighting for.'¹⁰

Ondanks deze discussies blijft PIL in het overgrote deel van de publicaties (vaak impliciet) gelijkstaan aan progressieve of liberale PIL. Daarmee heeft de term PIL in Amerika ook een sterk normatieve lading: voorstanders beschouwen het als de inzet van juridische procedures in de strijd voor een betere wereld en een bescherming van de democratie, terwijl tegenstanders het beschouwen als oneigenlijk gebruik van de rechtsgang en omzeiling van het democratisch proces (par. 6.2.2.4; 6.4).

Onder de noemer PIL vallen verschillende juridische activiteiten. Het meest bekend is *impact litigation*. Dit zijn juridische procedures gericht op het realiseren van veranderingen die impact hebben op grote groepen mensen.¹¹ In Nederland worden dergelijke procedures vaak in verband gebracht met belangenorganisaties en afgezet tegen individuele procedures, maar in Amerika kunnen beide eronder vallen. Het kan bijvoorbeeld gaan om *class actions*, maar ook om individuele procedures gericht op erkenning van nieuwe rechten, principes of beginselen, handhaving van bestaande regels of het verdedigen van de rechtmatigheid van wetten die bedoeld zijn om sociale hervormingen te bevorderen.¹² Waar in de Nederlandse juridische literatuur de term PIL vooral wordt gebruikt voor *impact litigation*, omvat PIL meer dan enkel *impact litigation*. Zo vormt ook *individual client representation* (ook wel *direct services*

7 Epstein 1986; Southworth 2005a.

8 Zie bijv. Sarat & Scheingold 1998, p. 327, 348-350; Strossen 1993, p. 2131.

9 Van der Pas 2021.

10 Chen & Cummings 2013, p. 7.

11 Chen & Cummings 2013, p. 205.

12 Chen & Cummings 2013, p. 209.

genoemd) een belangrijk aspect van PIL. *Individual client representation* is gericht op het beslechten van een (klassiek) geschil tussen twee partijen, bijvoorbeeld door het verlenen van (pro bono) juridische bijstand aan individuen die zelf geen juridische bijstand kunnen betalen.¹³ Hierbij ligt de focus op het realiseren van toegang tot de rechter en het creëren van directe impact op de levens en het welzijn van de gerepresenteerde individuen.¹⁴ Vaak combineren belangenorganisaties beide modellen van PIL, bijvoorbeeld door strategisch individuen bij te staan die passen binnen de bredere agenda van de belangenorganisatie.

Binnen deze PIL-activiteiten wordt vervolgens onderscheid gemaakt tussen directe procedures (*direct litigation*) en participatie als *amicus curiae*. Bij directe procedures gaat het om het zelf selecteren, aanhangig maken en voeren van rechtszaken.¹⁵ De belangenorganisatie kan dan – indien nodig – zelf selecteren op geschikte individuen met gunstige omstandigheden en feiten, zelf de processtrategie bepalen en zelf bepalen of procederen überhaupt verstandig is. Hiertegenover staat het model van *amicus*participatie. In procedures van anderen, waarbij de belangenorganisatie zelf geen partij is en ook geen individu bijstaat, kan de belangenorganisatie als *amicus* vrijblijvend stukken indienen. Waar de *amicus* als ‘vriend van de rechter’ in Nederland vooral wordt gezien als een instrument voor rechtsontwikkeling, heeft de *amicus* in de VS een ontwikkeling doorgemaakt naar ‘vriend van partijen’ of vertegenwoordiger van maatschappelijke belangen, waarmee zij ook een rechtsbeschermingsfunctie vervult.¹⁶ Het indienen van *amicus*brieven kan bovendien de enige optie zijn voor belangenorganisaties om input te leveren in zaken waar zij door juridische barrières zelf van zijn uitgesloten. Zo wordt bijvoorbeeld veel gebruikgemaakt van *amicus participation* in procedures waarin belangenorganisaties de kant kiezen van de overheid en dus de verdedigende partij steunen met informatie.¹⁷

6.2.2 De opkomst en ontwikkeling van *public interest litigation*

De rol die belangenorganisaties spelen binnen PIL kan het beste worden begrepen tegen de achtergrond van haar geschiedenis. Deze paragraaf behandelt in vogelvlucht de opkomst en ontwikkeling van PIL. Daarin vormt de historische zaak van *Brown v. Board of Education of Topeka* een belangrijke mijlpaal, maar niet het eerste voorbeeld van PIL in de VS (en zeker ook niet het laatste).

13 Chen & Cummings 2013, p. 205.

14 Chen & Cummings 2013, p. 209-210.

15 Chen & Cummings 2013, p. 212.

16 Simmons 2009; Krislov 1963.

17 Chen & Cummings 2013, p. 55, 212-215; Vose 1957, p. 276 e.v.

6.2.2.1 Vroege voorbeelden

Public interest law is niet altijd een apart rechtsgebied geweest binnen het Amerikaanse rechtstelsel.¹⁸ Wel bestaat er in Amerika een lange traditie die ten minste teruggaat tot De Tocqueville om de conventionele rechtspraktijk te beschouwen als ‘a bulwark of civil society and liberal democracy’.¹⁹ Het was echter ‘pas’ in aanloop naar de Amerikaanse Burgeroorlog (1861-1865) dat de eerste voorbeelden van wat uiteindelijk PIL genoemd zou worden zich voordoen, namelijk in de vorm van juristen die gerechtigheid nastreven met betrekking tot enkele van de meest contentieuze sociale kwesties van die tijd.²⁰ Zo maakten anti-slavernij-organisaties gebruik van rechtszaken en andere juridische tactieken, niet alleen om individuele slaven te beschermen, maar ook om het bredere doel van afschaffing van de slavernij te bereiken. Dit werd gekenmerkt door een focus op hervormingen op het niveau van de Staat (waar PIL zich in haar hoogtijdagen primair zou gaan richten op het federaal niveau), geleidelijke pogingen tot afschaffing (in plaats van het streven naar onmiddellijke en universele emancipatie van slaven) en een vertrouwen op juridische (in plaats van politieke) actie.²¹

Illustratief is de Pennsylvania Abolitionist Society, wiens advocaten tijdens de vroege republiek duizenden Afro-Amerikanen representeerden die juridische hulp zochten.²² In plaats van grote, principiële procedures kozen zij bewust voor het werken ‘on the margins, using loopholes, technicalities, and narrow legal opinions to liberate African Americans on a case-by-case basis’.²³ Tijdens de jaren ‘30 van de 19e eeuw veranderde dit en werden de juristen die afschaffing van de slavernij nastreefden steeds ideologischer. Dit leidde tot ‘an impulse to use litigation as a dramatic forum for ideology’.²⁴ De procedeerstijl werd directer, waarbij de inzet van de procedure verschoof naar het aantonen van de ongrondwettigheid en immoraliteit van slavernij. Zo was bijvoorbeeld de New Jersey State Anti-Slavery Society vastberaden om een rechtszaak tegen slavernij voor de *state supreme court* te krijgen.²⁵ In de nasleep van de Amerikaanse Burgeroorlog en voortbordurend op deze eerste ervaringen zou uiteindelijk de institutionele structuur van *public interest law* ontstaan.

18 Chen & Cummings 2013, p. 42.

19 Scheingold & Sarat 2004, p. 11.

20 Chen & Cummings 2013, p. 44, die verwijzen naar bijvoorbeeld het recht van een verdachte op juridische bijstand, en de rechtmatigheid van slavernij.

21 Wiecek 1977, p. 84; Chen & Cummings 2013, p. 47.

22 Newman 2002, p. 60.

23 Newman 2002, p. 61.

24 Cover 1975, p. 160-161.

25 Zie bijv. New Jersey Supreme Court 1845, 20 N.J.L. 368 (*State v. Post* and *State v. Van Beuren*).

6.2.2.2 *Brown v. Board of Education en de opkomst van public interest organizations*

Na de afschaffing van de slavernij zorgen de Jim Crow-wetten²⁶ vanaf 1880 in de zuidelijke staten voor rassensegregatie in het openbaar leven. De Supreme Court oordeelde in 1896 in *Plessy v. Ferguson* dat rassensegregatie niet onconstitutioneel is, zolang de faciliteiten voor witte en zwarte mensen maar gelijk waren.²⁷ Tegen de achtergrond van deze *separate but equal doctrine* ontwikkelde zich een belangenorganisatie die opkomt voor *racial justice*, genaamd de National Association for the Advancement of Colored People (hierna: NAACP). Uit onderzoek van de NAACP bleek dat de voorzieningen voor zwarte mensen structureel van aanmerkelijk mindere kwaliteit waren dan die voor witte mensen.²⁸ De keuze van de NAACP om naar aanleiding daarvan te gaan procederen zou uiteindelijk leiden tot *Brown v. Board of Education of Topeka*:²⁹ een *landmark case* die wereldwijde bekendheid zou krijgen als hét schoolvoorbeeld van PIL.

Omdat het te omslachtig en inefficiënt werd gevonden om de ongelijke voorzieningen in het hele land op een stapsgewijze manier aan te vechten, werd in eerste instantie besloten tot een alomvattende aanval op segregatie.³⁰ Later werd uit vrees dat de Supreme Court toch niet klaar was voor een principiële herziening van *Plessy* uiteindelijk gekozen voor een geleidelijke aanpak bestaande uit individuele rechtszaken over gelijke bescherming om op die manier de feitelijke ongelijkheden tussen concrete faciliteiten aan te vechten, met name op het gebied van onderwijs.³¹ Chen en Cummings noemen verschillende voorbeelden:

‘See, e.g., *McLaurin v. Okla. State Regents for Higher Educ.*, 339 U.S. 637, 639-40, 642 (1950) (striking down a state university system that admitted an African-American student, but forbade him to use the same classrooms, libraries, cafeterias, and other facilities as white students); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629, 632-34, 636 (1950) (declaring the University of Texas’s legal education system unconstitutional because the African-American public law school was substantially inferior to the white law school), *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337, 352 (1938) (invalidating a state university system that, instead of establishing a law school for African Americans, sent those students to a black law school in another state).’³²

26 Met deze term wordt geduid op de segregatiewetten die tussen 1880 en 1965 in verschillende Amerikaanse staten golden en scheiding nastreefden tussen zwarte en witte mensen in het openbare leven, zoals in het onderwijs.

27 USSC 18 mei 1896, 163 U.S. 537, 550-551 (*Plessy v. Ferguson*).

28 Ware 2001, p. 638-639.

29 USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown v. Board of Education of Topeka*).

30 Chen & Cummings 2013, p. 50.

31 Ware 2001, p. 641-642.

32 Chen & Cummings 2013, p. 51.

Met deze procedures beoogde de NAACP niet om elke Jim Crow-wet in het land onconstitutioneel te laten verklaren (dat zou niet alleen inefficiënt, maar ook onbetaalbaar zijn), maar om (onder andere) de Supreme Court stapsgewijs te laten zien dat ondanks de *separate but equal doctrine* in de praktijk sprake is van feitelijke ongelijkheden tussen de voorzieningen voor zwarte en witte mensen.³³

Deze strategie maakte uiteindelijk de weg vrij voor de principiële procedure *Brown v. Board of Education of Topeka*, waarin de Supreme Court *Plessy* terzijde schoof door gesegregeerde scholen ongrondwettig te verklaren.³⁴ Het ongeken- de succes van de NAACP in *Brown* vestigde de aandacht op de mogelijkheid om de rechter te gebruiken als forum voor sociale verandering. *Brown* vormde een inspiratie voor vele rechtszaken nadien, waarmee het de ontwikkeling van *public interest law* en de *public interest law movement* in een stroomversnel- ling bracht. Vanwege haar succes in *Brown* en daaropvolgende iconische overwinningen werd de NAACP de meest bestudeerde *public interest organization* in Amerika.³⁵

'It continues to resonate as the archetypal story of the political rewards and risks of mobilizing law for justice, against which the subsequent history of public interest law has been judged. The NAACP's shadow, therefore, still looms large.'³⁶

Een andere belangenorganisatie die een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de opkomst en ontwikkeling van PIL in de 20ste eeuw is de American Civil Liberties Union (ACLU).³⁷ Oorspronkelijk richtte deze nationale lidmaatschaps- organisatie zich vooral op vrijheid van meningsuiting, maar na verloop van tijd breidde zij haar missie uit tot andere burgerlijke vrijheden en terreinen, zoals rechten van immigranten en rassengelijkheid.³⁸ Juist omdat de ACLU vaak groepen vertegenwoordigt die politiek niet vertegenwoordigd, onderver- tegenwoordigd en/of impopulair zijn, is de ACLU zich – na initiële twijfels³⁹ – in toenemende mate gaan richten op rechtszaken.⁴⁰

33 Carter 1991, p. 36-37.

34 USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown v. Board of Education of Topeka*).

35 Chen & Cummings 2013, p. 50, onder verwijzing naar o.a. Tushnet 1987; Goluboff 2007; Klarman 2004; Kluger 1976; Rosenberg 1991.

36 Chen & Cummings 2013, p. 50.

37 De ACLU is opgericht in 1920 tegen de achtergrond van Amerika dat zou gaan deelnemen aan de Eerste Wereldoorlog en de negatieve reactie van de Amerikaanse overheid op openbare protesten daartegen.

38 Walker 1990, p. 82-87.

39 Aanvankelijk had de leiding van de ACLU bedenkingen bij de gepastheid en geschiktheid van het nastreven van sociale verandering door middel van rechtszaken. Zo was oprichter Baldwin sceptisch over het idee dat rechters ooit een centrale rol zouden spelen in het beschermen van burgerlijke vrijheden. Andere bestuursleden daarentegen geloofden dat de Supreme Court moest en zou ingrijpen om de belangen van burgerlijke vrijheden te beschermen; Chen & Cummings 2013, p. 54; Walker 1990, p. 69.

40 Chen & Cummings 2013, p. 54; Zackin 2008.

Geïnspireerd door de successen van de NAACP en de ACLU nam vanaf de jaren '70 het aantal belangenorganisaties dat zich bezighield met PIL snel toe. Zij ontwikkelden zich volgens een vergelijkbaar patroon: de organisaties werden opgericht om een bepaald belang te behartigen, trokken daarna juristen aan die als vrijwilligers ondersteuning boden bij de juridische aspecten van de belangenbehartiging, en creëerden daarna een interne juridische afdeling om de belangen van de organisatie te behartigen in gerechtelijke, administratieve, wetgevende of andere instanties.⁴¹ Deze belangenorganisaties worden naast *public interest (law) organizations* ook wel aangeduid als *public interest law firms*. Zo hebben belangenorganisaties als de NAACP en ACLU advocaten in dienst die zowel *individual client services* bieden aan individuen die vallen binnen de doelstelling van de belangenorganisatie als zich bezighouden met strategieën voor *impact litigation*.

De meeste *public interest organizations* zijn *non-profit*organisaties, waarvan vele in eerste instantie werden gefinancierd door de Ford Foundation.⁴² De Ford Foundation verstrekt (onder andere) fondsen en leningen aan organisaties die zich inzetten voor het promoten van democratie en bestrijden van armoede en onrechtvaardigheid. Sommige richten zich op een specifiek belang, zoals de milieuorganisatie Sierra Club. Andere ontwikkelden zich tot brede *public interest law firms*, met juristen die zich specialiseren in verschillende rechtsgebieden en zich richten op specifieke vormen van *law reform*, sociale veranderingen en het representeren van on(der)gerepresenteerde belangen.⁴³ Zij kunnen in feite worden beschouwd als een combinatie van een belangenorganisatie en een 'activistisch' (niet-commercieel) advocatenkantoor/juridische dienstverlener.

6.2.2.3 De parallelle ontwikkeling van legal aid

De ontwikkeling van PIL en juridische bijstand (*legal aid*) zijn nauw met elkaar verbonden. Binnen het Amerikaanse recht bestaat (kort gezegd) geen recht op rechtsbijstand (behalve in strafprocedures), wat resulteert in een gebrek aan door de overheid gefinancierde rechtsbijstand. Waar Nederlandse advocaten een toevoeging kunnen ontvangen van de overheid voor zaken waarin zij rechtsbijstand verlenen aan mensen die dat zelf niet kunnen betalen, zijn deze mensen in Amerika vaak afhankelijk van onder andere *public interest organizations*. Waar de vroege *legal aid societies* uit het begin van de 19e eeuw uitsluitend werden gefinancierd door particuliere donaties en onderlinge samenwerking, begon dit vanaf het begin van de 20ste eeuw te veranderen. Vanuit de constatering dat binnen het Amerikaanse rechtssysteem iemands vermogen om gerechtigheid te krijgen vooral afhankelijk was van zijn financiële vermogen en dit tot onrecht voor armen leidde, riep Smith in 1919 in

41 Chen & Cummings 2013, p. 75.

42 Craig 2004, p. 27.

43 Chen & Cummings 2013, p. 76-77; Halpern & Cunningham 1971, p. 1096-1097.

zijn bekende publicatie *Justice and the Poor*' op om te komen tot een systeem van rechtsbijstand.⁴⁴ Het zou echter nog tot de jaren '60 duren (het hoogtepunt van de PIL-beweging) voordat de nieuw opgerichte *Office of Economic Opportunity* een nationaal rechtsbijstandsprogramma uitrolde met financiering voor juridische representatie door middel van lokale programma's voor mensen die dit zelf niet kunnen betalen.⁴⁵ In het begin hielden de *legal service lawyers* zich vooral bezig met *individual client representation*, maar geïnspireerd door de burgerrechtenbeweging en het succes van PIL begonnen zij steeds meer te streven naar systematische hervormingen.⁴⁶ Daarbij was het hen niet langer enkel te doen om het zoveel mogelijk compenseren voor de ongelijkheid binnen het juridische stelsel, maar ook om de structurele fundamenteën van armoede te veranderen door middel van brede *law reform*-rechtszaken.⁴⁷ Daarmee ontwikkelde rechtsbijstand in Amerika zich grotendeels parallel aan en als onderdeel van PIL.

6.2.2.4 Public interest litigation onder druk?

Na het succes van PIL in de eerste helft van de 20ste eeuw, komt PIL in de tweede helft van de 20ste eeuw in toenemende mate onder druk te staan.⁴⁸ Daarbij speelden een aantal factoren een belangrijke rol. Ten eerste veranderden het Amerikaanse politieke landschap en de samenstelling van de federale gerechten in het voordeel van conservatieve groepen. Terwijl de progressieve groepen in het begin en midden van de vorige eeuw werden gevoed door sympathiserende politieke elites op federaal niveau en in de federale rechtbanken, werd de situatie nu omgedraaid. Deregulering en decentralisatie verzwakten het bestuurlijk toezicht en verschillende Republikeinse presidenten hebben de conservatieve meerderheid in de Supreme Court verstevigd, met diepgaande jurisprudentiële veranderingen tot gevolg.⁴⁹ Waar de PIL-beweging in de eerste helft van de 20ste eeuw had geprofiteerd van aanvankelijke federale overheidssteun, begon de federale overheid in de tweede helft van de 20ste eeuw de mogelijkheden voor rechtshulp te beperken. Het werd ongepast gevonden dat de overheid feitelijk rechtszaken tegen zichzelf subsidieert.⁵⁰ In 1974 werd de *Legal Services Corporation* (LSC) opgericht, die gepaard ging met vergaande bezuinigingen en beperkingen op de werkzaamheden van door de overheid gefinancierde belangenorganisaties.⁵¹ Zo komen bijvoorbeeld bepaalde groepen niet meer in aanmerking voor gefinancierde rechtsbijstand (zoals immi-

44 Smith 1919.

45 Cimini 2004, p. 434; Johnson 1974, p. 71; Chen & Cummings 2013, p. 58-62.

46 Katz 1982, p. 7; Chen & Cummings 2013, p. 62.

47 Cimini 2004, p. 436.

48 Chen & Cummings 2013, p. 58.

49 Cummings 2011, p. 367-368.

50 Chen & Cummings 2013, p. 63; Weissman 2002, p. 754-755.

51 Chen & Cummings 2013, p. 63; Weissman 2002, p. 765.

granten) en mogen door LSC gefinancierde organisaties zich niet langer bezighouden met *class actions*, lobbyactiviteiten en 'any advocacy that challenged the constitutionality of state or federal welfare statutes or regulations in any forum'.⁵² Ondanks dat organisaties op alternatieve wijzen aan financiering kunnen komen (bijvoorbeeld via kerken, *law school clinics* en *pro bono*-projecten),⁵³ vormen de strengere LSC-vereisten en de lagere LSC-financiering een serieuze beperking van de mogelijkheden tot PIL.

Progressieve en liberale PIL is bovendien onder druk komen te staan door de opkomst van conservatieve PIL. De juridische successen van de progressieve en liberale beweging voorzagen de conservatieve groepen van een voor de hand liggende tegenstrategie: 'to beat liberals at their own game by creating public interest law groups to speak for competing values and constituencies'.⁵⁴ Het doel van conservatieve PIL is de juridische successen van hun progressieve en liberale tegenhangers te evenaren en te beperken.⁵⁵ De progressieve en liberale groepen zien zich vanaf de tweede helft van de 20ste eeuw in toenemende mate geconfronteerd met rechters die eerdere progressieve juridische overwinningen beperken of terugdraaien. Dit dwingt progressieve groepen steeds meer in het defensief.

6.2.2.5 Moderne public interest litigation

Tegenwoordig is PIL meer divers van aard. Waar progressieve en liberale PIL zich in eerste instantie primair richtte op *civil rights* en *civil liberties*, gaat het inmiddels ook over bijvoorbeeld de rechten van vrouwen, consumenten, het klimaat, het milieu, gehandicapten, de *LGBTQ*-gemeenschap, immigranten, armen en werknemers.⁵⁶ Ook aan conservatieve zijde heeft PIL zich ontwikkeld en wordt inmiddels een divers palet aan belangen in rechte behartigd. Het gaat dan bijvoorbeeld om bescherming van het ongeboren leven, behoud van de traditionele gezinsstructuur, een centrale rol voor religie in het publieke leven, *race neutral* overheidsbeleid, bescherming van slachtoffers van misdrijven en beperkingen op overheidsregulering op het gebied van milieu, wapens, consumentenrechten, werknemersbescherming en het gebruik van privé-eigendom.⁵⁷

Ook de strategieën zijn meer divers geworden. Procederen staat niet langer voorop, maar wordt beschouwd als slechts één van de mogelijke strategieën om te komen tot sociale verandering. Procederen als strategie is niet volledig verlaten, maar onder de noemer van het bredere *public interest lawyering* wordt

52 Weissman 2002, p. 765-766.

53 Cummings 2008, p. 910-911.

54 Southworth 2005b, p. 1231-1232.

55 Chen & Cummings 2013, p. 102.

56 Chen & Cummings 2013, p. 64, 80-87, 96.

57 Chen & Cummings 2013, p. 97.

het belang onderstreept van een geïntegreerde aanpak, waarbij PIL wordt gecombineerd met andere vormen van *advocacy* en mobilisatie.⁵⁸ PIL kan daarbij andere tactieken versterken, maar is niet langer de vanzelfsprekende strategie (zie ook par. 6.5 over impact en *public interest lawyering*). Daar waar procederen nog steeds opportuun wordt gevonden, valt op dat het forum zich verplaatst. Waar de Supreme Court nog een centrale rol vervulde in de procedeerstrategieën van de liberale en progressieve groepen tijdens de opkomst en hoogtijdagen van PIL, zijn zij zich vanwege de overwegend conservatieve samenstelling van de Supreme Court meer gaan richten op de staten. Anderzijds biedt de veranderende samenstelling van de Supreme Court juist kansen voor conservatieve groepen, die in toenemende mate hun momentum weten te pakken. Illustratief is de zaak *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, waarin de Supreme Court het recht op abortus zoals zij dat tijdens de hoogtijdagen van de progressieve PIL had vastgesteld in *Roe v. Wade* verwerpt.⁵⁹ Nu het weer aan de staten zelf is om te beslissen over het recht op abortus, verschuiven de progressieve en liberale PIL-procedures naar het niveau van de staten.

De Amerikaanse ervaringen laten zien dat PIL nooit een geïsoleerd juridisch fenomeen is, maar moet worden beschouwd tegen haar bredere sociale en politieke achtergrond en als onderdeel van bredere strategieën voor bovenindividuele belangenbehartiging.

6.3 PROCESRECHTELIJKE CONTEXT

Nu PIL zo'n prominente plek inneemt in de Amerikaanse rechtspraktijk zou het voor de Nederlandse lezer in de lijn der verwachting kunnen liggen dat het Amerikaanse procesrecht belangenorganisaties ruime toegang biedt tot de rechter. Niets is echter minder waar. Belangenorganisaties die kunnen opkomen voor collectieve en algemene belangen worden als grotendeels onverenigbaar beschouwd met het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming. Tegelijkertijd biedt het Amerikaanse procesrecht wel volop mogelijkheden om in het verlengde van individuele rechtsbescherming ook collectieve rechtsbescherming te kunnen realiseren. In deze paragraaf wordt in vogelvlucht de procesrechtelijke context besproken waarbinnen PIL-procedures plaatsvinden. Vanwege de grote verschillen tussen het Nederlandse en het Amerikaanse rechtstelsel ligt de focus minder op de details van de specifieke procesrechtelijke instrumenten, maar meer op de achterliggende ideeën en uitgangspunten die kunnen worden afgezet tegen het Nederlandse debat rondom de legitimiteit en vormgeving van het beroepsrecht voor belangenorganisaties.

⁵⁸ Chen & Cummings 2013, p. 516.

⁵⁹ USSC 23 juni 2022, 597 U.S. 215 (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*).

6.3.1 Individuele rechtsbescherming als procedureel uitgangspunt

Waar het uitgangspunt dat algemene belangen het domein betreffen van de democratisch gelegitimeerde politieke organen in Nederland leidt tot een sterke beperking van *wat*⁶⁰ en *waaraan*⁶¹ de rechter mag toetsen, leidt dit in Amerika vooral tot een sterke beperking van *wie* een rechterlijke toets mag initiëren. Zo wordt het Amerikaanse rechtssysteem gekenmerkt door relatief brede mogelijkheden voor (*constitutional*) *judicial review*, maar gelden strenge(re) regels voor wie op basis van welk belang toegang kan hebben tot de rechter om de rechterlijke toets te kunnen initiëren. Daarbij staan individuen en hun eigen belangen centraal en zijn bepalingen als artikel 1:2, derde lid, Awb en artikel 3:305a BW (vooralsnog) ondenkbaar. Dat heeft alles te maken met *Article III* van de Amerikaanse Grondwet, die in de weg staat aan een brede toegang voor belangenorganisaties en die de Amerikaanse rechtsgang beperkt tot – kort gezegd – individuele procedures over eigen, rechtstreeks getroffen belangen.

Article III beperkt de rol van de rechter tot *cases* en *controversies*.⁶² Dit vereiste vormt in de woorden van de Supreme Court een ‘fundamental limit [...] on federal judicial power in our system of government’.⁶³ Deze beperking van de rol van de rechter ‘is founded in concern about the proper – and properly limited – role of the courts in a democratic society’.⁶⁴ Binnen de trias mag de rechter zijn macht om het recht te interpreteren alleen uitoefenen in de context van een beperkte, concrete zaak.⁶⁵ Daarmee hecht het Amerikaanse rechtssysteem sterk aan individuele rechtsbescherming als functie én beperking van het procesrecht. *Article III* vormt de basis voor de *standing doctrine* (een ontvankelijkheidsvereiste dat grofweg vergelijkbaar is met de Nederlandse vereisten van belanghebbendheid, procesbelang en relativiteit). Het belangrijkste vereiste onder *standing* is dat sprake moet zijn van een *injury in fact*, ofwel concrete, specifieke schade.⁶⁶ Daarnaast gelden er verschillende *prudential limitations* (vereisten die ter discretie van de rechter staan). Zo mag alleen worden opgekomen voor het eigen belang en niet voor de belangen van anderen.⁶⁷ Ook mag de schade niet zo breed gedeeld (*pervasively shared*)

60 Denk aan de bestuursrechtelijke uitsluiting van beroep tegen algemene regels zoals neergelegd in art. 8:3 Awb.

61 Denk aan het toetsingsverbod uit art. 120 Grondwet.

62 Art. III van de Amerikaanse Constitutie luidt (ingekort, met het oog op de lengte en de relevantie van de tekst): ‘The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution [...]; to controversies to which the United States shall be a party; [...]’.

63 USSC 3 juli 1984, 468 U.S. 737, 750 (*Allen v. Wright*).

64 USSC 25 juni 1975, 422 U.S. 490, 498 (*Warth v. Seldin*).

65 Baasch 2017, p. 26.

66 USSC 12 juni 1992, 504 U.S. 555, 560-561 (*Lujan v. Defenders of Wildlife*); zie voor een uitgebreide bespreking Hessick 2008.

67 USSC 12 januari 1982, 454 U.S. 464, 474 (*Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church and State*) (onder verwijzing naar USSC 25 juni 1975, 422 U.S. 490, 498 (*Warth v. Seldin*)).

zijn dat zij neerkomt op een *generalized grievance*.⁶⁸ *Article III* staat het bovendien niet toe om te procederen vanuit puur ideologische redenen of om principiële schade. In de woorden van Justice Rehnquist: 'Standing is not measured by the intensity of the litigant's interest or the fervor of his advocacy'.⁶⁹ Door te voorkomen dat procedures kunnen worden gevoerd over schade die gemeenschappelijk is aan het algemene publiek, moet worden voorkomen dat rechters een politiek forum vormen. Scalia zegt hierover:

'There is, I think, a functional relationship between the doctrine of standing and the role of the courts in the separation-of-powers system, which can best be described by saying that the law of standing roughly restricts courts to their traditional undemocratic role of protecting individuals and minorities against impositions of the majority, and excludes them from the even more undemocratic role of prescribing how the other two branches should function in order to serve the interest of the majority itself.'⁷⁰

Article III en de daarop gebaseerde *standing doctrine* laten nauwelijks ruimte voor belangenorganisaties om zelf als procespartij op te treden. Met betrekking tot het beroepsrecht voor belangenorganisaties verschilt het Amerikaanse rechtstelsel dan ook wezenlijk van de Nederlandse, waarin artikel 1:2, derde lid, Awb en artikel 3:305a BW belangrijke uitzonderingen vormen op het uitgangspunt dat alleen individuen die rechtstreeks worden getroffen in hun eigen belangen toegang hebben tot de rechter. De vraag rijst dan hoe het Amerikaanse rechtstelsel, waarin voor toegang tot de rechter zo sterk wordt gehecht aan individuele en concrete belangen, toch zoveel voorbeelden van PIL-procedures biedt. Het antwoord daarop moet worden gevonden in de grotendeels parallel aan de opkomst van PIL ontwikkelde procedurele instrumenten die weliswaar gebaseerd zijn op het *case and controversy*-vereiste uit *Article III*, maar tegelijkertijd beogen de meerwaarde van geaggregeerde vormen van procederen te waarborgen. De *class action* en *representative associational standing* zijn hiervan de belangrijkste voorbeelden.

68 USSC 12 januari 1982, 454 U.S. 464, 474-475 (*Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church and State*) (onder verwijzing naar USSC 25 juni 1975, 422 U.S. 490, 498 (*Warth v. Seldin*)); de ratio hierachter moet worden gevonden in machtscheiding, waarbij algemeen gedeelde schades in het wetgevingsproces moeten worden opgelost.

69 USSC 12 januari 1982, 454 U.S. 464, 474-475 (*Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church and State*).

70 Scalia 1983, p. 894.

6.3.2 De *class action*

Het Nederlandse collectieve actieregime zoals neergelegd in artikel 3:305a BW en de Amerikaanse *class action* worden vaak met elkaar vergeleken,⁷¹ maar er zijn ook belangrijke verschillen, bijvoorbeeld in wie optreedt als procespartij. In Nederlandse collectieve acties zijn belangenorganisaties de procespartij, terwijl belangenorganisaties in Amerika veelal wel de *class action* opzetten, coördineren, ondersteunen en financieren, maar uiteindelijk een individuele procespartij zullen moeten selecteren om de *class action* daadwerkelijk te voeren. De *class action* betreft een complex en uitvoerig geregeld instrument, maar de kern is simpel: één individu (of een klein groepje individuen) dat zelf individuele *standing* heeft procedeert als *class representative* namens een groep gelijksoortige gevallen die de *class* vormen. Procedureel gezien wordt de *class action* dus gevoerd door de *class representative*.

De *class action* is geregeld in Rule 23 van de Federal Rules of Procedure. Deze vereist dat 1) de omvang van de *class* dusdanig groot is dat het ondoenlijk is om alle leden als *named party* op te nemen; 2) de *class* rechtsvragen of feitelijke vragen gemeen heeft; 3) de vordering van de *class representative* typisch is voor de *class* als geheel; en 4) de *class representative* en zijn advocaat eerlijk en adequaat de belangen van de leden van de *class* behartigen.⁷² Om een *class* gecertificeerd te krijgen,⁷³ dient de rechter te beoordelen of sprake is van een identificeerbare groep.⁷⁴ Daarvoor is niet vereist dat alle leden van de groep bij naam kunnen worden genoemd, dat zij een vorm van lidmaatschap hebben en zelfs niet dat zij allemaal van de *class action* op de hoogte worden gebracht.⁷⁵ Het gaat erom dat er een voldoende specifieke en objectieve beschrijving van de groep wordt gegeven, bijvoorbeeld iedereen die in jaar X op wijze Y behandeld is door instantie Z. Als de *class* gecertificeerd wordt en de *class action* doorgang vindt, dan heeft de uitspraak van de rechter niet enkel betrekking op de *class representative* die als formele procespartij optreedt, maar op alle leden van de groep (dat is: iedereen die onder de beschrijving van de groep valt). Met een *class action* kan bovendien worden voorkomen dat een PIL-procedure vastloopt, omdat de individuele eiser inmiddels heeft gekregen wat hij wilde en daardoor procesbelang verliest (denk aan een vreemdeling die alsnog een verblijfsvergunning krijgt en daardoor niet verder kan procederen over de rechtmatigheid van de achterliggende regel).⁷⁶ Bij

71 Zie bijv. Van der Krans 2019; Oving 2020, voetnoot 94.

72 Rule 23(a); Babcock e.a. 2021, p. 789.

73 Al kan de rechter gedurende de gehele *class action* de *class certification* aanpassen of intrekken.

74 Babcock e.a. 2021, p. 790.

75 Marcus 2016, p. 797-799.

76 Marcus 2016, p. 807.

een *class action* mag de groep doorprocederen zelfs als de *class representative* niet langer procesbelang heeft.

6.3.2.1 Gemeenschappelijkheid van rechtsvragen of feitelijke vragen

De *class action* betreft een technisch en complex instrument, dat in de jurisprudentie verder is ontwikkeld. Eén van de kwesties die recentelijk veel aandacht krijgt, is de vraag in hoeverre de leden van de groep precies rechtsvragen of feitelijke vragen gemeen moeten hebben.⁷⁷ Net als bij de Nederlandse collectieve actie geldt ook bij de Amerikaanse *class action* dat hogere eisen worden gesteld aan massaschadevergoedingsacties dan aan acties waarin geen massaschadevergoeding wordt gevorderd (vgl. hfdst. 3). Voor *class actions* die zien op massaschadevergoeding geldt het *predominance*-vereiste: gemeenschappelijke kwesties van recht of feiten moeten domineren over individuele verschillen binnen de *class*. Voor *class actions* die niet zien op schadevergoeding hoeft niet te worden voldaan aan het zware *predominance*-vereiste, maar ‘slechts’ aan het *commonality*-vereiste. Dit betekent dat gemeenschappelijke kwesties van recht of feiten aanwezig moeten zijn, maar niet hoeven te domineren over individuele verschillen.⁷⁸ Nu *public interest class actions* door hun focus op hervorming en publiek beleid meestal zijn gericht op een verklaring voor recht, verbod of gebod, geldt voor deze acties in beginsel het lichtere *commonality*-vereiste.⁷⁹ Dat heeft belangrijke implicaties voor het type geschil waarvoor de *public interest class action* kan worden ingezet, hetgeen kan worden geïllustreerd aan de hand van twee (hypothetische) voorbeelden van PIL-procedures.⁸⁰

77 Marcus 2016. Deze vraag werd met name relevant naar aanleiding van USSC 20 juni 2011, 131 U.S. 2541 (*Walmart Stores, Inc. v. Dukes*). Deze zaak betrof een anti-discriminatiezaak tegen het bedrijf Walmart, waarin voor 1,5 miljoen huidige en voormalige medewerkers schadevergoeding werd gevorderd vanwege misgelopen inkomsten door discriminerende selectie- en promotieprocedures. De Supreme Court oordeelde echter dat deze *class action* in feite betrekking heeft op ‘literally millions of employment decisions at one. Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members’ claims for relief will produce a common answer to the crucial question *why was I disfavored*’.

78 Zie ook Marcus 2016, p. 785.

79 Voor de volledigheid moet hierbij worden opgemerkt dat de jurisprudentie op dit onderwerp in ontwikkeling is en er momenteel onduidelijkheid bestaat. Zo hebben lagere rechters naar aanleiding van de strikte lijn in de *Walmart*-zaak (zie voetnoot 77) ook wel het *predominance*-vereiste toegepast in *public interest class actions*. In de literatuur wordt de vraag opgeworpen of dat wel terecht is. Hoe het ook zij, *public interest groups* maken steeds minder gebruik van de *class action*, omdat lagere federale gerechten strengere eisen zijn gaan stellen en bovendien geen overheidsfinanciering meer wordt gegeven aan organisaties die *class actions* ondersteunen. Nu de exacte invulling van het vereiste door de verschillende gerechten minder relevant is voor het doel van dit onderzoek dan het achterliggende algemene idee, ga ik hier niet verder op in. Zie voor een uitgebreide analyse Marcus 2016.

80 Ontleend aan Marcus 2016.

Het eerste voorbeeld betreft een *class action* tegen een verbod op het homohuwelijk. Het gaat hier om een groep voor wie de relevante feiten identiek zijn (de groep bestaat uit mensen die willen trouwen met iemand van hetzelfde geslacht, maar dat niet mogen) en de rechtsvraag identiek is (is een verbod op het homohuwelijk in strijd met de constitutie?). Het tweede voorbeeld is een *class action* over de gebrekkige omstandigheden in gevangenissen. Stel dat er een nationale regel is die vereist dat gevangenissen zorg moeten dragen voor de gezondheid van hun gedetineerden, zonder dat hier concrete eisen aan worden verbonden. Verschillende gevangenissen kunnen deze regel verschillend uitleggen of invullen en bovendien vereist de gezondheid van verschillende gedetineerden verschillende maatregelen. Een dergelijke *class action* heeft kortom betrekking op een groot aantal vermeende problemen met gezondheidszorg in gevangenissen: sommige gedetineerden hebben niet de nodige medicijnen gekregen, andere hebben melding gemaakt van aanzienlijke vertragingen bij diagnoses en operaties, en weer andere beweren ernstige geestelijke gezondheidsproblemen te hebben als gevolg van langdurig verblijf in een isoleercel.

Intuïtief zal het eerste voorbeeld zich het meest lenen voor een *class action*. Alle leden van de groep worden immers op identieke wijze geraakt door het verbod op het homohuwelijk; er is geen sprake van gedifferentieerde toepassing. Hoewel deze *class action* slechts hoeft te voldoen aan het *commonality*-vereiste (het is immers geen *class action* om schadevergoeding), zou het met gemak voldoen aan het strengere *predominance*-vereiste. Er is zelfs een totale afwezigheid van rechtens relevante verschillen tussen de leden van de groep. In die zin betreft het een uiterst homogene groep. Het tweede voorbeeld daarentegen is bij uitstek een voorbeeld van een heterogene groep. Niet alleen hebben verschillende gedetineerden verschillende gezondheidsproblemen; zij worden ook in verschillende gevangenissen verschillend behandeld. Hier is kortom sprake van gedifferentieerde toepassing van de regel dat gevangenissen zorg moeten dragen voor de gezondheid van hun gedetineerden (de regel vereist een vertaalslag naar een individueel geval). Dit voorbeeld zal dan ook niet doen voldoen aan het *predominance*-vereiste. Dat betekent echter niet dat deze *class action* onmogelijk is. Het is juist voor dit soort situaties dat het lichtere *commonality*-vereiste een uitkomst biedt. Dit vereiste staat toe dat sprake is van individuele verschillen tussen de leden van de groep, maar de enkele aanwezigheid van een gedeelde rechtsvraag of feitelijke vraag maakt dat zij toch een *class action* mogen voeren. Hun gemeenschappelijkheid wordt in dit geval gevonden in het gemeenschappelijk handelen (*common conduct*) van verweerder, namelijk de structurele praktijk van opzettelijke onverschilligheid voor de gezondheid van gedetineerden.

Hoewel het eerste voorbeeld misschien intuïtief het prototype-voorbeeld is van een geschil dat zich leent voor een *class action*, heeft deze *class action* over het verbod op het homohuwelijk weinig meerwaarde ten aanzien van een individuele procedure over het verbod op het homohuwelijk. Juist omdat

dit verbod ongedifferentieerd uitwerkt en dus alle homo-koppels op exact gelijke wijze raakt, is de rechterlijke toets in een *class action* niet anders dan in een individuele procedure. Er is 'slechts' één relevant verschil: waar in een *class action* de rechter in algemene zin kan uitspreken dat het verbod op het homohuwelijk onconstitutioneel is, zou de rechter in een individuele procedure een oplossing kunnen vinden in een individuele remedie (bijvoorbeeld een gebod om het eisende koppel alsnog te huwen of een vernietiging van de weigering om hen te huwen). In dat laatste geval zou de precedentwerking er waarschijnlijk alsnog toe leiden dat het verbod op het homohuwelijk wordt ingetrokken. Dat maakt de meerwaarde van een *class action* over het verbod op het homohuwelijk relatief beperkt.

Het tweede voorbeeld, dat intuïtief misschien minder geschikt voelt voor een *class action*, illustreert juist de meerwaarde ervan in situaties waarin heterogene groepen (mede daardoor) te maken hebben met gedifferentieerde toepassing van een algemene regel. Een individuele procedure zou zich immers al snel beperken tot de individuele behandeling van een specifieke gedetineerde in een specifieke gevangenis. De rechter zal zich dan bijvoorbeeld moeten uitspreken over een situatie waarin een gedetineerde niet de insuline krijgt die hij beweert nodig te hebben, zonder ook maar iets te hoeven zeggen over het achterliggende structurele probleem. Ook de uitspraak zal waarschijnlijk beperkt zijn tot het individuele geval, bijvoorbeeld een gebod dat de gedetineerde toegang moet krijgen tot insuline. Een *class action* kan de insteek van de procedure naar een hoger 'niveau' tillen, namelijk dat van de structurele praktijk van opzettelijke onverschilligheid. Door het aggregeren van de verschillende individuele ervaringen kan de uitvoeringspraktijk zelf het onderwerp van het geschil worden gemaakt. Daarmee zou de *class action* zich niet hoeven richten tot één gevangenis, maar tot bijvoorbeeld de nationale overheid of de toezichthouder die tot een verbeterd systeem voor medische zorg zal moeten komen.

Dan rijst wel de vraag hoe een dergelijke invulling zich verhoudt tot de uitgangspunten van de *trias politica*. Waar bijvoorbeeld Nagareda meent dat *class certification* in ieder geval beperkt zou moeten zijn tot slachtoffers van dezelfde handeling,⁸¹ bepleit Marcus aan de hand van (oude) Supreme Court-zaken waarin slachtoffers van verschillende, geïndividualiseerde handelingen een groep vormen dat alleen op die wijze de 'complexities in the bureaucratic distribution of government harm' kunnen worden erkend. De *class action* biedt in die zin enig tegenwicht tegen de op het individu gerichte doctrines als *standing*, waardoor volwaarde rechtsbescherming kan worden gerealiseerd in gevallen waarin de overheid wel degelijk normen heeft opgesteld die het gedrag van overheidsinstellingen moeten regelen, maar die enkel daadwerkelijk kunnen worden aangevochten als groepsvordering.⁸² In het voorbeeld van

81 Nagareda 2010, p. 150.

82 Marcus 2016, p. 804-805.

het gevangeniswezen doelt Marcus hierbij op de nationale regel dat gevangenen de gezondheid van gedetineerden moeten waarborgen. Een dergelijke regel biedt meer rechtsbescherming als deze op geaggregeerd niveau kan worden aangevochten dan op individueel niveau. Daar waar normen zich richten op groepen of categorieën mensen en in die zin ook rechten voor hen creëren,⁸³ zouden rechters uitspraak moeten kunnen doen over de gehele groep en niet slechts ten aanzien van individuele leden.⁸⁴ Een andere opvatting zou volgens Marcus in de weg staan aan de *design*-keuze om ook regels, beleid en uitvoeringspraktijken onderwerp van procedures te kunnen laten zijn.

Op de vraag hoe deze geaggregeerde vorm van rechtsbescherming zich verhoudt tot *Article III* stelt Marcus dat de verschillende gedetineerden uit het voorbeeld geen ‘random concerned members of a generic public’ zijn, maar ‘individuals whose injuries share a common course of conduct’.⁸⁵ Dat gedetineerde X afhankelijk is van de ervaringen van gedetineerde Y en Z als bewijs voor de onrechtmatigheid op structureel niveau ‘hardly opens the courthouse doors to ordinary members of the public and to preferences better vindicated in political arenas’.⁸⁶ Daarbij benadrukt Marcus ook het vermogen van de *public interest class action* om het perspectief van de rechter te verrijken ten aanzien van de omvang van het probleem dat het onderwerp van de procedure vormt.⁸⁷ In de paragraaf over legitimiteit zal dieper worden ingegaan op dergelijke argumenten.

Voor hier is het vooral van belang om te laten zien dat vanuit het vertrekpunt van individuele rechtsbescherming het Amerikaanse procesrecht mogelijkheden biedt om het geschil naar een collectief niveau te tillen. Dat doet zij niet alleen vanuit het perspectief van efficiënte rechtsbescherming, maar – net als de Nederlandse civiele collectieve actie – vooral ook om redenen van effectieve rechtsbescherming. De Amerikaanse voorbeelden en ervaringen met

83 De vraag of en in hoeverre materiële rechten ook groepsrechten betreffen is onderwerp van significant normatief debat. Zie Marcus 2016, p. 811, voetnoot 210: ‘Compare David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 Notre Dame L. Rev. 913, 923-934 (1998) (defending the entity theory), with Martin H. Redish & Clifford W. Berlow, *The Class Action as Political Theory*, 85 Wash. U. L. Rev. 753, 803-13 (2007) (challenging the entity theory). See also Bone, *supra* note 144, at 597 (commenting on the incomplete normative case made for the class as entity theory). As Mark Moller convincingly argues, one can say little about claim ownership as a general matter because lawmakers are often vague or inconclusive with respect to the issue. Mark Moller, *Separation of Powers and the Class Action* [...] [95 Nebraska Law Review 366 (2016)]. But a more granular, claim-by-claim approach can examine the particular elements of a claim and the evidence necessary to establish them and thereby determine whether the substantive right protects groups or individuals. For an example of this sort of analysis, see Tobias Barrington Wolff, *Managerial Judging and Substantive Law*, 90 Wash. U. L. Rev. 1027 (2013).’

84 Marcus 2016, p. 811.

85 Marcus 2016, p. 817.

86 Marcus 2016, p. 818.

87 Marcus 2016, p. 807.

public interest class actions laten zien dat de meerwaarde van de *class action* niet enkel ligt in efficiënte rechtsbescherming, maar vooral ook in het bijdragen aan effectieve rechtsbescherming. De grootste meerwaarde van de *class action* zit hem in PIL-verband echter niet zozeer in het bundelen van de belangen van homogene groepen, maar juist in het bundelen van belangen van meer heterogene groepen. Als een bundeling immers niet meer is dan de som der delen, dan kan in theorie een individueel lid (eventueel gesteund door een belangenorganisatie) met een individuele rechtszaak en de daarmee gepaard gaande precedentwerking ook een heel eind komen. In dergelijke gevallen speelt de *class action* vooral een belangrijke rol als de kosten van een individuele procedure niet in verhouding staan tot de potentiële 'opbrengsten' (zie ook par. 4.3.3 over strooischade).⁸⁸ Als een bundeling echter meer is dan de som der delen, dan wordt het mogelijk om individu-overstijgende kwesties effectief aan de rechter voor te leggen, bijvoorbeeld op het niveau van structurele uitvoeringspraktijken. Dat brengt wel een zekere spanning met zich mee als het gaat om de verenigbaarheid met *Article III*.⁸⁹ Door het potentiële individu-overstijgende karakter van *public interest class actions* wordt immers in potentie meer mogelijk gemaakt dan op puur individuele basis zou kunnen worden bereikt.

6.3.2.2 *Het individu als stroman: naar een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties?*

Door de procedurele focus op concepten als *cases and controversies* en *injury in fact* speelt het individu – in ieder geval in theorie – een centrale rol in PIL-procedures en dus ook in *class actions*. Tegelijkertijd zal het geen verrassing zijn dat hier vaak een belangenorganisatie achter 'schuil' gaat. *Class actions* zijn bijzonder kostbaar in termen van geld en tijd en vereisen bovendien specialistische juridische kennis.⁹⁰ Het is daarom veelal een belangenorganisatie die de *class action* financiert, de advocaat levert (die in het geval van een *public interest law firm* werkzaam is bij de belangenorganisatie), de strategie uitstippelt en vaak zelfs actief individuen werft om als *class representative* op te treden in een *class action* over een kwestie die de belangenorganisatie hoog op de agenda heeft staan. Zo heeft bijvoorbeeld de NAACP Oliver Brown gerekruteerd om als 'proefpersoon' en procespartij op te treden in *Brown v. Board of Education of Topeka*.⁹¹ In tegenstelling tot 'traditionele' advocaat-cliënt-relaties ligt het initiatief tot het voeren van een rechtszaak in PIL-procedures dus vaak bij de belangenorganisatie waarvoor de advocaat werkzaam is.⁹²

⁸⁸ Bronsteen & Fiss 2003, p. 1419.

⁸⁹ Zie bijv. Feldman 1988; Chayes 1982.

⁹⁰ Hill 2015, p. 487.

⁹¹ Tushnet 1987.

⁹² Luban 1988, p. 318 e.v.

Dat het individu bij *public interest class actions* op papier weliswaar de procespartij is, maar in de praktijk feitelijk meer een 'stroman', heeft in de literatuur geleid tot pleidooien voor een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties in Amerika.⁹³ Dat zou laten zien dat in de context van PIL in feite een verschuiving plaatsvindt van de representatie van individuen naar de representatie van belangen. Het gaat immers niet zozeer om het individuele belang van eiser, maar om het soortgelijke belang dat hij deelt met anderen of zelfs een belang in abstracte zin.⁹⁴ Alle procedurele aandacht voor de individuele eiser (in de woorden van Chayes een 'more-or-less shadowy character')⁹⁵ leidt af van wat er in werkelijkheid gebeurt: een belangenorganisatie die *de facto* optreedt als procespartij. Chayes bepleit dat moet worden gezocht naar een andere invulling van *standing* die antwoord geeft op de vraag wanneer en onder welke voorwaarden zulke vormen van representatie wenselijk zijn.⁹⁶ In de volgende paragraaf wordt gekeken naar de mate waarin de figuur van *representative associational standing* belangenorganisaties de mogelijkheid biedt om op te komen voor hun statutaire belangen.

6.3.3 *Representative associational standing*

De *class action* is in PIL-context het meest gebruikte procedurele instrument om een geschil over meer dan het individuele geval mogelijk te maken. Een minder bekend instrument betreft het in de jurisprudentie van de Supreme Court ontwikkelde *representative associational standing*. Op basis daarvan kan een belangenorganisatie die voldoet aan bepaalde voorwaarden zelf als procespartij optreden. Daarmee lijkt het misschien op het eerste gezicht de Amerikaanse variant van het Nederlandse artikel 1:2, derde lid, Awb en artikel 3:305a BW. Als echter naar de voorwaarden voor *representative associational standing* wordt gekeken, wordt duidelijk dat deze figuur beperkter is. De belangrijkste beperking is gelegen in het vereiste dat een belangenorganisatie enkel toegang heeft tot de rechter als in ieder geval één individueel lid *standing* heeft.⁹⁷ Dit moet in lijn met *Article III* zorgen voor de *concrete adverseness*, door het soort belangen waarover een belangenorganisatie kan procederen te beperken tot belangen waar een individueel lid ook over kan procederen. Dit belang moet bovendien aansluiten bij het doel van de belangenorganisatie,⁹⁸ zodat de

93 Zie bijv. Feldman 1988; Chayes 1982.

94 Chayes 1982, p. 24.

95 Chayes 1982, p. 24.

96 Chayes 1982, p. 24.

97 USSC 19 november 1928, 278 U.S. 96 (*Hunt v. United States*).

98 Zie bijv. 1st Cir 6 juli 1992, 968 F2d 1373, 1375 (*American Postal Workers Union v. Frank*); 7th Cir 19 december 1983, 724 F2d 1247, 1259-60 (*Peick v. Pension Benefit Guarantee Corp*); 8th Cir 27 november 1979, 611 F2d 684, 690-91 (*Associated General Contractors of ND v. Otter Tail Power Co*).

belangenorganisatie zelf ook belang heeft bij het oplossen van het geschil en daarmee in de positie verkeert van natuurlijke tegenstander van verweerder.⁹⁹ In de volgende paragraaf zal duidelijk worden dat de beperking van de toegang van belangenorganisaties tot de rechter tot gevallen waarin individuele leden ook naar de rechter kunnen, implicaties heeft voor het type belang waarvoor belangenorganisaties in rechte kunnen opkomen.

6.3.3.1 Beperking tot individualiseerbare belangen: toch weer het individu als stroman?

Dat de *representative associational standing* van de belangenorganisatie moet voortvloeien uit de *standing* van een individueel lid heeft gevolgen voor het type belang waarvoor belangenorganisaties via *representative associational standing* kunnen opkomen. Zo wordt de figuur vaak gebruikt door vakbonden, waarbij het vrij gemakkelijk is om de *standing* van een individueel lid aan te tonen en de doelstelling van de vakbond zich meestal niet verzet tegen het 'simpelweg' optellen van individuele belangen. In andere woorden: als een belangenorganisatie een 'zuiver' groepsbelang behartigt, biedt *representative associational standing* een mogelijkheid. Naarmate een belang echter abstracter of algemener van aard wordt, is het lastiger om over de band van individuele *standing* het bovenindividuele belang te kunnen behartigen.

Illustratief is de zaak *Sierra Club v. Morton*, die de Sierra Club (een nationale milieuorganisatie) was gestart om te voorkomen dat er recreatie mogelijk zou worden gemaakt in een bepaald natuurgebied.¹⁰⁰ De Supreme Court oordeelde dat de Sierra Club geen *representative associational standing* had, omdat zij onvoldoende had aangetoond dat een individueel lid schade lijdt door recreatie in het natuurgebied. De Sierra Club had via een wat gekunstelde constructie aan dit vereiste kunnen voldoen, door een individuele 'stroman' door het natuurgebied te laten wandelen en haar vordering te baseren op de aantasting van de natuurlijke schoonheid van het park voor individuen. De Sierra Club weigerde dit echter op principiële gronden, omdat de kern van haar betoog is dat het behoud van het natuurgebied nodig is als gedeelde natuurlijke rijkdom. Dat is onder *representative associational standing* echter niet mogelijk, waardoor de Sierra Club niet-ontvankelijk werd verklaard in haar vordering.

Dit laat zien dat behartiging van algemene belangen op zichzelf niet mogelijk is via *representative associational standing*. Een voorbeeld van een belangenorganisatie die wel bereid was haar claim om te vormen naar een individuele claim is de organisatie Students Challenging Regulatory Agency Procedure (SCRAP). In *United States v. SCRAP* wilde een net opgerichte groep van vijf studenten verenigd in SCRAP procederen over het verhogen van de kosten van recycling, vanwege de negatieve impact die dit zou hebben op het

99 USSC 13 mei 1996, 517 U.S. 544, 555-556 (*United Food and Commercial Workers Union Local 751 v. Brown Group*).

100 USSC 19 april 1972, 405 U.S. 727 (*Sierra Club v. Morton*).

milieu.¹⁰¹ De behartiging van dit algemene belang zou tot niet-ontvankelijkheid leiden en dus baseerde SCRAP haar claim in plaats daarvan op de financiële schade die een individuele student lijdt als zij meer moet betalen voor producten met verpakkingsmateriaal. Daarmee voldeed SCRAP aan de voorwaarden voor *representative associational standing* en kon zij zelf als procespartij optreden.

Het verschil in uitkomst tussen *Sierra Club v. Morton* en *United States v. SCRAP* is procedureel gezien misschien wel verklaarbaar, maar oogt toch wat willekeurig. Het zijn beide organisaties die milieubelangen behartigen, waarbij de Sierra Club als heel gevestigde organisatie met veel leden niet binnenkomt, terwijl SCRAP als net opgerichte organisatie bestaande uit vijf studenten wel binnenkomt bij de rechter. De criteria voor *representative associational standing* richten zich vooral op de *individual standing* van een lid en de relatie tussen dat lid en de belangenorganisatie, maar zien nauwelijks op de hoedanigheid van de belangenorganisatie zelf.

6.3.3.2 Voorbij het individu als stroman: naar een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties?

In de literatuur is kritisch gereageerd op het verschil in uitkomst tussen de *Sierra*-zaak en de *SCRAP*-zaak, zoals door Feldman:

‘Because SCRAP willingly translated their claim into atomistic [RS: individual] terms, the Court granted standing to an “environmental association” far less established than the Sierra Club to vindicate an environmental injury far less obvious than the one threatened in the Sierra Club case.’¹⁰²

Ook één van de *dissenting judges* in de zaak van de Sierra Club vraagt zich af of deze uitwerking van *representative associational standing* wel wenselijk is:

‘Must our law be so rigid and our procedural concepts so inflexible that we render ourselves helpless when the existing methods and the traditional concepts do not quite fit and do not prove to be entirely adequate for new issues?’¹⁰³

Wat de *Sierra*-zaak en de *SCRAP*-zaak gemeen hebben is dat zij laten zien dat een stroman een uitkomst kan bieden. Daarmee kan niet ‘het milieubelang’ worden behartigd, maar kan toch in rechte over de band van een individueel belang worden opgetreden tegen overheidshandelen dat een negatief effect heeft op het milieu. Toch biedt een stroman niet in alle gevallen een ‘oplossing’.

101 USSC 18 juni 1973, 412 U.S. 669 (*United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedure*).

102 Feldman 1988, p. 737.

103 USSC 19 april 1972, 405 U.S. 727 (*Sierra Club v. Morton*).

Zo vraagt Feldman aandacht voor situaties waarin

‘the very collectiveness of the injury precludes the use of this ploy because it will be in no single individual’s interest to risk playing the tester’s role, particularly if it involves more than sending a member for a stroll through the park’.¹⁰⁴

Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan situaties waarin een individu eerst een vergunning zou moeten aanvragen en de daarbij behorende kosten zou moeten maken, terwijl toch al duidelijk is dat de aanvraag zal worden afgewezen, enkel zodat de belangenorganisatie namens hem (en de andere leden) een procedure kan starten.

Daarnaast bestaan er situaties waarin het praktisch onmogelijk is om specifieke, individuele schade aan te tonen.¹⁰⁵ Een voorbeeld is de zaak *Allen v. Wright*, waarin een groep zwarte ouders claimt dat de IRS-standaard voor belastingvrijstelling te laks is en het mogelijk maakt dat discriminerende private scholen belastingvrijstelling kunnen krijgen. De Supreme Court oordeelde dat de groep geen *standing* heeft. Hoewel deze standaard het moeilijk maakt voor zwarte mensen als groep om gelijkwaardige openbare educatie voor hun kinderen te krijgen, zorgt de IRS-standaard er op zichzelf genomen niet voor dat de zoektocht van een individuele ouder voor gelijkwaardige educatie moeilijker wordt. De Supreme Court vreest dat ‘[r]ecognition of standing in such circumstances would transform the federal courts into no more than a vehicle for the vindication of value interests of concerned bystanders’. Dissenting Justice Brennan meent echter dat deze groep zwarte ouders meer zijn dan ‘concerned bystanders’ en dat zij wel degelijk ‘distinct’ en ‘palpable’ lijden.¹⁰⁶ Ook in zaken waarin het dus niet om ‘zuiver’ algemene belangen gaat, kan het vereiste dat een individueel lid *standing* moet hebben in de weg staan aan een (effectief) beroepsrecht voor de belangenorganisatie.

Feldman noemt de benadering die aan *representative associational standing* ten grondslag ligt *atomistically*. Dit verwijst naar het idee dat personen en hun belangen kunnen worden gezien als geïsoleerde atomen. Vanuit deze visie zijn individuen als geïsoleerde deeltjes, die weliswaar succesvol naast elkaar kunnen bestaan, maar nooit *unity* of *solidarity* kunnen bereiken. Volgens Feldman erkent de huidige invulling van *representative associational standing* niet dat veel belangenorganisaties opkomen voor belangen die alleen begrepen kunnen worden als *nonatomistically*. Het gaat dan om belangen waar geen individueel lid het desbetreffende belang *embodied*, maar waar door het verenigen van alle leden in de vorm van een belangenorganisatie een bovenindividueel belang kan worden behartigd: ‘The association serves as such a vehicle not because it is like any single individual – no single individual bears the

¹⁰⁴ Feldman 1988, p. 737-738.

¹⁰⁵ Feldman 1988, p. 738.

¹⁰⁶ USSC 3 juli 1984, 468 U.S. 737 (*Allen v. Wright*), p. 770, 773 (Brennan, J., dissenting).

association's interest – but specifically because it is unlike an individual'.¹⁰⁷ Het vasthouden van de Supreme Court aan een atomistische benadering van het procesrecht leidt volgens Feldman tot een doctrine die de mogelijkheid van belangenorganisaties om effectief te procederen verzwakt.¹⁰⁸

Net als ten aanzien van de *class action* wordt ook ten aanzien van *representative associational standing* geopperd om deze te vervangen door een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties. Waar de beide figuren enerzijds laten zien dat bovenindividuele belangen vaak in het verlengde liggen van individuele belangen en ook vanuit een sterke focus op individuele *standing* tot collectieve rechtsbescherming kan worden gekomen, laten zij tegelijkertijd zien dat daarmee niet alle bovenindividuele belangen kunnen worden beschermd. Ondanks dat Amerika een lange traditie heeft van PIL, leveren dergelijke procedures ook hier spanningen op met het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming. Het is vanuit Nederlands perspectief opvallend om te zien dat – wat betreft de voorstanders van brede mogelijkheden voor PIL – de oplossing wordt gevonden in een beroepsrecht voor belangenorganisaties dat veel weg heeft van artikel 1:2, derde lid, Awb. Op de legitimiteit daarvan komt ik in paragraaf 6.5 terug.

6.3.4 Het belang van *judicial review* in relatie tot het beroepsrecht van belangenorganisaties

De procedurele context waarbinnen PIL in Amerika plaatsvindt laat zien dat PIL ook mogelijk is zonder een (breed) beroepsrecht voor belangenorganisaties. Ook via individuele procedures of via 'puur' geaggregeerde vormen van procederen zijn belangenorganisaties in staat om maatschappelijke kwesties aan de rechter voor te leggen. Tegelijkertijd laten de ervaringen met de *class action* en *representative associational standing* zien dat een sterke focus op individuele *standing* gevolgen heeft voor het type bovenindividueel belang dat in rechte kan worden behartigd. Bovenindividuele belangen die 'simpelweg' een optelsom betreffen van belangen waar ook individueel over zou kunnen worden geprocedeerd kunnen zonder veel problemen in geaggregeerd verband worden behartigd. Het wordt al wat ingewikkelder als het gaat om bovenindividuele belangen die weliswaar tot individuele belangen te herleiden zijn, maar waarbij sprake is van een meer heterogene groep. Het gaat dan bijvoorbeeld om uitvoeringspraktijken die op gedifferentieerde wijze (bijvoorbeeld via een vertaalslag in individuele uitvoeringsbesluiten, mogelijk zelfs genomen door verschillende instanties) individuen raken. Waar op 'groepsniveau' de structurele uitvoeringspraktijk het probleem is, vertaalt deze zich op individueel

¹⁰⁷ Feldman 1988, p. 734.

¹⁰⁸ Feldman 1988, p. 734.

niveau naar geschillen waarin de structurele uitvoeringspraktijk als zodanig niet of slechts beperkt het onderwerp van het geschil kan worden gemaakt.

Echt lastig, zo niet onmogelijk, wordt het bij bovenindividuele belangen die niet meer tot individuen te herleiden zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor klimaat- en milieubelangen, die in het Amerikaanse recht niet of nauwelijks *in abstracto* kunnen worden behartigd. Toch is het niet zo dat deze in het geheel niet kunnen worden behartigd. Vanuit een behoefte om ook rechtsbescherming te kunnen bieden ten aanzien van dergelijke belangen zijn de gronden voor *individual standing* uitgebreid. Zo kan een individu *standing* hebben indien zijn esthetisch genot van de natuur in het gedrang is. Over die band kan vervolgens een belangenorganisatie *representative associational standing* verkrijgen, zij het dat daarmee wel een andere invulling wordt gegeven aan het milieubelang dan de belangenorganisatie misschien zou willen.

Wat de Amerikaanse context laat zien is dat voor PIL de mogelijkheid tot *judicial review* misschien nog wel belangrijker is dan een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties. Hoewel het beroepsrecht voor belangenorganisaties in Nederland aanzienlijk ruimer is dan in Amerika, lijken de mogelijkheden voor PIL in het Amerikaanse procesrecht toch groter. Een verklaring daarvoor is het gebrek aan beroep tegen regels in het Nederlandse bestuursprocesrecht en de beperkte mogelijkheid om te procederen tegen algemene regels in het Nederlandse burgerlijk procesrecht (zie hfdst. 2 en 3). Daarmee richt het Nederlandse procesrecht zich qua rechtsbescherming primair op de toepassing van een regel in een individueel geval. Waar dit bij ongedifferentieerde toepassing van een regel op relatief homogene groepen qua rechtsbescherming weinig uitmaakt (de rechterlijke toets is dan in een collectief verband hetzelfde als in een individueel verband), kan dit met name bij gedifferentieerde toepassing op heterogene groepen leiden tot een 'gat' in de rechtsbescherming. Individuele rechtsbescherming leidt daar niet vrijwel automatisch tot collectieve rechtsbescherming. Sterker nog, zonder mogelijkheid om een dergelijke procedure op collectief niveau in te steken en zonder mogelijkheid om zich te richten op de achterliggende regel of structurele uitvoeringspraktijk kan zelfs het realiseren van individuele rechtsbescherming lastig blijken. De toeslagenaffaire is daarvoor illustratief.

Uiteraard zijn ook in Amerika de mogelijkheden tot *judicial review* niet onbeperkt en spelen allerlei *trias*-overwegingen een rol bij de vraag in hoeverre *judicial review* voor wie en waartegen openstaat, hoe de rechter dient te toetsen en wat voor uitspraakbevoegdheden deze heeft (par. 6.4). Dit is dus geen pleidooi om alles in Nederland maar open te gooien, maar wel een pleidooi om het debat erover te verrijken met inzichten uit andere landen. Feit is in ieder geval dat de afschaffing van artikel 8:3 Awb grote implicaties kan hebben voor de effectiviteit van procederende belangenorganisaties in Nederland, omdat het niet alleen een uitbreiding betreft van het type overheidshandelen waartegen beroep openstaat, maar ook van het type bovenindividuele belangen dat in rechte kan worden behartigd.

6.3.5 Mogelijkheden tot indirect procederen

De *class action* en *representative associational standing* vormen manieren voor belangenorganisaties om direct te procederen. De belangenorganisatie maakt dan zelf de keuze om een procedure te starten (zij het als procespartij of via een individu dat symbool staat voor een bredere kwestie). Dit model van PIL heeft belangrijke voordelen, omdat de belangenorganisatie proactief kan selecteren op geschikte cliënten waarbij de individuele omstandigheden en feiten gunstig zijn, op timing en op forum. Ook worden alle strategische overwegingen en proceskeuzes bij directe procedures gemaakt door de belangenorganisatie (uiteeraard samen met de cliënt), zodat er controle is over de aan te voeren gronden, de te voeren argumentatie en de ontwikkeling van de procedure.¹⁰⁹ Het meest belangrijke voordeel van directe procedures is misschien zelfs wel de keuze of er *überhaupt* geprocedeerd zal worden. Het onder ongunstige omstandigheden aanhangig maken van een procedure creëert grote risico's, bijvoorbeeld op het vestigen van precedent dat een negatieve invloed kan hebben op de agenda van de belangenorganisatie.¹¹⁰

Tegelijkertijd heeft direct procederen ook belangrijke nadelen. Deze zijn met name gelegen in de noodzakelijke investeringen in termen van tijd en geld en het risico op *backlash* bij een ongunstige uitkomst. Soms is direct procederen *überhaupt* geen mogelijkheid, bijvoorbeeld als niet wordt voldaan aan het vereiste van *standing*. Daarom kiezen PIL-organisaties regelmatig voor indirect procederen, waarbij door middel van *amicus*participatie of interventie stukken worden ingediend in een procedure tussen andere partijen. Met name de *amicus curiae* is een heel populair instrument voor belangenorganisaties in Amerika. *Amicus*brieven kunnen niet alleen van invloed zijn op de procedure zelf, maar bieden belangenorganisaties ook de mogelijkheid van publiciteit, fondsenwerving en gemeenschapsvorming. Op die manier kan *amicus*participatie een goede manier zijn om startende belangenorganisaties te helpen groeien.¹¹¹ Het indienen van *amicus*brieven kan bovendien de enige optie zijn voor belangenorganisaties om input te leveren in zaken waar zij door juridische barrières zelf van zijn uitgesloten. In de volgende paragraaf wordt dieper ingegaan op de figuur van *amicus curiae* en de mogelijkheid tot interventie.

109 Chen & Cummings 2013, p. 212.

110 Chen & Cummings 2013, p. 212.

111 Chen & Cummings 2013, p. 214.

6.3.6 *Amicus curiae*¹¹²

De *amicus curiae* (letterlijk: ‘vriend van de rechtbank’) biedt belangenorganisaties en anderen de mogelijkheid om input te leveren in een procedure waarbij zij zelf geen partij zijn. De figuur is voor de Supreme Court neergelegd in Supreme Court Rule 37. Deze bepaling bevat enkel de minimaal noodzakelijke procedurele voorschriften en laat veel ruimte aan de rechter om de procedure verder in te vullen: ‘The history of the amicus device hinges on a single principle: flexibility’.¹¹³

6.3.6.1 Procedurele voorwaarden

Waar in Nederland de mogelijkheid tot *amicus*participatie in een bepaalde zaak moet worden opengesteld door de rechter, geldt in Amerika dat het indienen van *amicus*brieven altijd mogelijk is. Wel is hiervoor toestemming van partijen vereist.¹¹⁴ Weigeren partijen deze toestemming, dan verleent de Supreme Court doorgaans alsnog verlof, waardoor wel wordt gesproken van ‘essentially unlimited amicus participation’.¹¹⁵ Inhoudelijk worden weinig eisen gesteld aan de brief. De brief moet betrekking hebben op ‘relevant matter not already brought to its [the Courts] attention by the parties’. Amici dienen in het kader van transparantie in hun brief aan te geven welk belang zij hebben bij de zaak, ter ondersteuning van welke partij zij de brief indienen (of dat zij geen van beide partijen ondersteunen), in hoeverre een partij de brief geheel of gedeeltelijk heeft geschreven en wie een financiële bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van de brief. Voor het overige zijn de brieven grotendeels vormvrij.¹¹⁶ De brieven worden openbaar gemaakt op de website van de Supreme Court. Partijen kunnen bij de Supreme Court reageren op *amicus*brieven. Enkel in uitzonderlijke gevallen kunnen amici deelnemen aan hoorzittingen. De rechter bepaalt zelf wanneer sprake is van dergelijke omstandigheden en of hij amici uitnodigt of verlof verleent om deel te nemen aan de hoorzitting.

112 Deze paragraaf betreft een bewerking van de voor Amerika relevante paragrafen uit Stolk, Schuurmans & Esser 2019.

113 Lowman 1991, p. 1244.

114 Behalve bij geprivilegieerde amici (zoals de Solicitor General namens de federale overheid, de advocaat-generaal namens een staat, een stad of een agency die blijkens de wet voor het hof mag verschijnen).

115 Caldeira & Wright 1990, p. 784.

116 Wel gelden er beperkingen ten aanzien van de omvang van de brieven (in beginsel een maximum van 25 tot 30 pagina’s).

6.3.6.2 Vriend van rechter én van partijen

Waar de Nederlandse regeling rondom de *amicus curiae* vooral is vormgegeven vanuit het perspectief van rechtsontwikkeling, geldt in Amerika dat de *amicus* ook (juist) wordt gezien vanuit het perspectief van rechtsbescherming. De figuur heeft zich ontwikkeld 'from a source of neutral information to a flexible tactical instrument available to litigants and third parties'.¹¹⁷ Waar traditioneel de *amicus curiae* wordt geacht op te treden als een 'neutral bystander', wordt deze tegenwoordig ook gezien als figuur die 'legitimately [performs] an advocacy function'.¹¹⁸ De literatuur laat dan ook een veelheid aan functies zien die de *amicus* in Amerika vervult: van het verschaffen van informatie over het toepasselijke recht, eerder gewezen uitspraken en rechtsvergelijkende en rechtsgeleerde inzichten tot het bieden van inzicht in de bredere implicaties en (onbedoelde) consequenties van een zaak voor actoren die geen partij zijn bij het geding (zoals betrokkenen in een vergelijkbare positie, de wetgever, uitvoeringsinstanties of stemloze belangen) tot het wijzen op de economische, sociale of beleidsmatige gevolgen van een uitspraak tot het vervullen van een waakhondfunctie door te laten zien dat amici boven op bepaalde (mensenrechtelijke) thema's zitten en het handelen van betrokkenen nauwlettend in de gaten houden.¹¹⁹ De mogelijkheid om als *amicus* te kunnen participeren wordt door sommigen zelfs beschouwd als een versterking van de legitimiteit van de gerechten. Daarbij wordt aangevoerd dat amici de dialoog tussen rechter en maatschappij kunnen vormgeven door aandacht te vragen voor bepaalde binnen de samenleving voorkomende problemen en de publieke opinie te vertolken.¹²⁰ Hierdoor kunnen amici bijdragen aan de institutionele legitimiteit van gerechten.¹²¹ Critici menen juist dat de *amicus curiae* de mogelijkheid biedt om 'via de achterdeur' stukken het proces te laten beïnvloeden zonder dat hier de procedurele standaarden op van toepassing zijn met betrekking tot kwantiteit en kwaliteit.¹²²

Vanuit het perspectief van belangenorganisaties kan het indienen van *amicus*brieven de enige optie zijn om input te kunnen leveren in zaken waar zij door juridische barrières zelf van zijn uitgesloten.¹²³ Zo ondersteunen belangenorganisaties als *amicus* niet enkel de eisende partij, maar juist ook vaak de verwerende partij. Met name bij procedures tegen de overheid komt het veelvuldig voor dat belangenorganisaties ervoor kiezen om de overheid

117 Krislov 1963, p. 704.

118 Van den Eynde 2013, p. 274.

119 Flango, Bross & Corbally 2006, p. 181; Collings, Corley & Hamner 2015, p. 922; Rustad & Koenig 1993, p. 94; Frigessi di Rattalma, p. 58; Hannett 2003; Arshi & O'Cinneide 2004, p. 69.

120 Garcia 2008, p. 338.

121 Simmons 2009, p. 209.

122 Chen & Cummings 2013, p. 213.

123 Chen & Cummings 2013, p. 212-213.

te ondersteunen met informatie, bijvoorbeeld in een procedure tegen regelgeving waar de belangenorganisatie juist voorstander van is. Zo ondersteunde Brandeis, algemeen adviseur voor de National Consumers League (NCL), de overheid in rechtszaken gericht tegen progressieve regelgeving waar de NCL zich politiek hard voor had gemaakt.¹²⁴ Brandeis werd later bovendien bekend vanwege zijn vastbeslotenheid om wetenschappelijk bewijs te verzamelen. Met zijn Brandeis-brieven inspireerde hij andere organisaties om ook wetenschappelijke studies te gebruiken als onderdeel van hun processtrategieën, onder andere als *amicus curiae*. Los van of een *amicus*brief daadwerkelijk effect heeft binnen de procedure zelf (want dat is bepaald geen gegeven), kan het indienen van *amicus*brieven ook bijdragen aan de reputatie van een belangenorganisatie. In de woorden van Chen en Cummings:

‘They may highlight their role as an amicus to gain publicity for the organization’s mission, which can serve as a useful organizing tool for their community, further the organizations’ credibility with the courts, facilitate fundraising efforts, and draw other potential clients to their organization’s attention.’¹²⁵

Een ander voordeel van *amicus*participatie is dat het indienen van *amicus*brieven een stuk goedkoper is dan het zelf procederen.¹²⁶

6.3.6.3 Gebruik ervan bij en door de Supreme Court

De *amicus curiae* is een populair instrument in Supreme Court-procedures. In ruim 90% van de zaken worden *amicus*brieven ingediend, met gemiddeld tussen de 9 en 14 brieven per zaak.¹²⁷ Dat is, bijvoorbeeld in vergelijking met het EHRM, een hoog aantal.¹²⁸ De verklaring daarvoor wordt gevonden in verschillen in rechtscultuur, traditie en *civil society*, maar vooral ook in het feit dat de Supreme Court enkel zaken behandelt waarbij een nieuwe (rechts)vraag speelt en input van amici dan ook voor de hand ligt.¹²⁹ De kwaliteit van de *amicus*brieven verschilt aanzienlijk: waar de ene brief slechts in enkele woorden aangeeft het eens te zijn met het standpunt van een partij, betreft de andere een kwalitatief hoogwaardige brief waaruit het gerecht passages bijna letterlijk kan kopiëren voor in de uitspraak.

Hoewel het incidenteel voorkomt dat de Supreme Court in een uitspraak verwijst naar of citeert uit een *amicus*brief, betreft dit bepaald geen vaste

124 Vose 1957, p. 276 e.v.; Chen & Cummings 2014, p. 55.

125 Chen & Cummings 2013, p. 214.

126 Chen & Cummings 2013, p. 214.

127 Franze & Anderson 2017.

128 Van den Eynde 2013, p. 279-280; tussen 1986 en 2013 hebben ngo’s in 65 van de 307 zaken voor de grote kamer *amicus*brieven ingediend, waarbij het er in het piekjaar nog geen 50 waren.

129 Van den Eynde 2013, p. 282.

praktijk. Zo citeert de Supreme Court relatief vaak uit *amicus*brieven van de Solicitor General (in gemiddeld 44% tot 81% van de zaken), maar veel minder uit brieven van bijvoorbeeld ngo's (in gemiddeld 5% tot 11% van de zaken).¹³⁰ De amici hebben kortom het recht om een brief te mogen indienen, maar in hoeverre de Supreme Court daar vervolgens iets mee doet, betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechters. De hoeveelheid en wisselende kwaliteit van *amicus*brieven leidt in de Amerikaanse literatuur tot zorgen over de werkdruk die de *amicus curiae* met zich meebrengt voor de gerechten. De papieren last die *amicus*brieven met zich brengen heeft in het verleden diverse auteurs doen voorspellen dat de Supreme Court uiteindelijk genoodzaakt zou zijn om de toegang voor amici te beperken.¹³¹ Uit het gegeven dat de Supreme Court nagenoeg altijd verlof verleent en soms in uitspraken (impliciet dan wel expliciet) verwijst naar *amicus*brieven,¹³² wordt wel afgeleid dat de Supreme Court *amicus*inbreng in het algemeen positief lijkt te waarderen.¹³³ Justice Breyer heeft bijvoorbeeld de waarde benadrukt van *amicus*brieven in het onderwijzen van rechters in technische kwesties.

Deze aanname wordt bevestigd door interviews met zeventig voormalige griffiers van de Supreme Court.¹³⁴ De meerderheid vindt *amicus*brieven met name meerwaarde bieden in procedures over zeer technische en gespecialiseerde rechtsgebieden. In de woorden van een oud-griffier: 'Generally speaking, there existed a positive correlation between legal obscurity of subject matter and helpfulness of amicus briefs'.¹³⁵ Aangezien rechters doorgaans meer als 'generalisten' kwalificeren, kan input van gespecialiseerde amici hen helpen in complexe zaken, zeker als dergelijke uitspraken bredere consequenties hebben. Opvallend is dat de griffiers vooral niet-juridische informatie in *amicus*brieven het meest waardevol vinden, zoals sociaalwetenschappelijke inzichten. Brieven die vooral ingaan op doctrinaire kwesties worden minder behulpzaam gevonden, omdat rechters zelf (bij uitstek) over die expertise beschikken. Verder bevestigen deze griffiers de in de literatuur bestaande overtuiging dat kwalitatief goede *amicus*brieven als compensatie kunnen dienen in 'cases lacking quality legal representation'.¹³⁶

De grote werkdruk als gevolg van *amicus*brieven wordt door de griffiers genuanceerd. Weliswaar geeft 83% van alle griffiers aan dat zij alle ingediende *amicus*brieven bekijken, maar daarbinnen wordt al snel een selectie gemaakt van de brieven die kunnen bijdragen aan de inhoud en kwaliteit van de

130 Franze & Anderson 2020.

131 O'Connor & Epstein 1989, p. 40.

132 Zie bijv. O'Connor & Epstein 1989, p. 42; Kearney & Merrill 2000, p. 761-762.

133 Caldeira & Wright 1990, p. 786: 'That the Court seldom limits amicus participation, despite its extremely heavy workload, suggests the positive value of amicus briefs to the justices'.

134 Lynch 2004, p. 33-75; deze 70 juristen waren gedurende verschillende jaren werkzaam bij de Supreme Court.

135 Lynch 2004, p. 44.

136 Lynch 2004, p. 42.

procedure, omdat zij betrekking hebben op nieuwe en nuttige informatie of argumenten.¹³⁷ Dergelijke brieven, zeker als zij kwalitatief goed zijn, kunnen de griffier juist eigen uitzoekwerk schelen. Daarbij zijn griffiers ervaren in het snel kunnen inschatten of een bepaalde brief lezenswaardig is. Daarbij blijkt ook het type *amicus* een rol te spelen. Zo worden brieven van de Solicitor General altijd nauwkeurig gelezen, gevolgd door brieven van overheidsinstanties.¹³⁸ Daarna volgen brieven ingediend door *public interest groups* of wetenschappers die erom bekendstaan kwalitatief hoogwaardige brieven te leveren. De griffiers benadrukken tot slot dat er geen enkele juridische verplichting bestaat om *amicus*brieven te lezen, maar 83% van hen bekijkt wel alle *amicus*-brieven die zijn ingediend. Het feit dat rechters heel flexibel om kunnen gaan met deze brieven, stimuleert amici om hun brief kort, overzichtelijk en (gericht) informatief te houden.

In de Amerikaanse literatuur wordt naast werkdruk veelvuldig gewezen op het risico van lobbyisme. Ook Justice Scalia, een tegenstander van de grote hoeveelheid *amicus*brieven, wees hierop: '[t]here is no self-interested organization out there devoted to pursuit of the truth in federal courts.' In de literatuur valt op dat het gevaar van lobbyisme weliswaar wordt erkend, maar dat er ook op wordt gewezen dat het aan de rechter is om de brieven te waarderen op inhoud en kwaliteit, hetgeen juist als een kerntaak van de rechter kan worden beschouwd (partijen zijn immers ook zelden objectief en onpartijdig). Duidelijk is in ieder geval dat iedereen een *amicus*brief kan indienen, maar dat de kans dat deze daadwerkelijk invloed zal hebben mede afhankelijk is van de reputatie van de indiener, de kwaliteit van de brief, het type informatie waar deze betrekking op heeft en uiteindelijk de keuze van de griffiers en rechters om er al dan niet aandacht aan te besteden. Vanwege het zeer vrijblijvende karakter van *amicus*brieven is het de vraag hoe effectief zij uiteindelijk zijn als strategie voor belangenbehartiging. De algemene consensus is dat de effectiviteit ervan beperkt is, maar dat *amicus*brieven wel enige invloed kunnen hebben op de uitkomst van een procedure. Overigens wordt een oordeel over de effectiviteit van *amicus*brieven niet beperkt tot hun invloed op rechterlijke oordelen, maar wordt ook gewezen op andere voordelen van het indienen van *amicus*brieven (zoals publiciteit, wat weer kan helpen met onder andere fondsenwerving en gemeenschapsvorming).¹³⁹ Ook wordt gewezen op de waarde van *amicus*participatie binnen de participatieve democratie, waarin de mogelijkheid om *amicus*brieven in te dienen met name politiek onderge-representeerde groepen een belangrijke participerende stem geeft.¹⁴⁰

137 Lynch 2004, p. 43; dat betekent overigens niet dat iedere *amicus*brief wordt gelezen, maar wel dat deze minimaal wordt doorgebladerd of gescand.

138 Lynch 2004, p. 42.

139 Chen & Cummings 2013, p. 214.

140 Garcia 2008.

6.3.7 Interventie

Naast de bekende figuur van *amicus curiae* is er ook de minder bekende (en minder gebruikte) mogelijkheid om als interveniërende partij input te kunnen leveren in een procedure tussen andere partijen. Deze interventie is geregeld in Rule 24 van de Federal Rules of Procedure. Doel van deze bepaling is te komen tot een evenwicht tussen de belangen van buitenstaanders, de originele procespartijen en de rechtbank.¹⁴¹ Er bestaan verschillende soorten interventie, maar in een PIL-context is *intervention of rights* zoals neergelegd in Rule 24(a) de meest relevante.¹⁴² De rechter moet een tijdig ingediend verzoek om dergelijke interventie toekennen als de indiener opkomt voor een belang dat verband houdt met het onderwerp van het geding en de indiener zich in een zodanige positie bevindt dat beslechting van het geding de praktische mogelijkheid van verzoeker om zijn belang te beschermen kan aantasten of belemmeren, tenzij bestaande partijen dat belang adequaat vertegenwoordigen.¹⁴³ In het kader van PIL gaat het dan om belangenorganisaties die willen interveniëren om de belangen van getroffen buitenstaanders te vertegenwoordigen in rechtszaken die verstrekende gevolgen zullen hebben voor hen.¹⁴⁴

Nu interventie niet zo vaak voorkomt en er weinig Supreme Court-zaken zijn waarin interventie een rol speelt, bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer belangenorganisaties nu precies kunnen interveniëren. Verschillende federale gerechten beantwoorden deze vraag verschillend. Zo eist het ene gerecht dat de interveniërende partij zelf *standing* moet hebben, terwijl andere dit niet doen.¹⁴⁵ Ook de vraag wanneer nu precies mag worden geïntervenieerd wordt verschillend behandeld. Zo is het soms wel en soms niet voldoende als een interveniërende partij meent 'a different approach to the litigation' te hebben en zijn er verschillende (tegengestelde) uitspraken te vinden in gevallen waarin de interveniërende partij beweert een meer gespecialiseerd belang te hebben, over meer overtuiging of expertise te beschikken of de feiten anders zou willen bepleiten.¹⁴⁶ De Ninth Circuit, die een relatief open houding inneemt ten opzichte van interveniërende partijen, heeft een eigen toetsingskader ontwikkeld, waarbij het drie elementen afweegt:

141 Vreeland 1990, p. 294.

142 Vreeland 1990, p. 283.

143 Of als diegene op grond van een federale wet een onvoorwaardelijk recht heeft om te interveniëren, maar dat is hier minder relevant.

144 Het gaat hierbij niet om het besparen van middelen door zich aan te sluiten bij bestaande rechtszaken in plaats van hun eigen procedure te beginnen. Voor die situatie biedt *permissive intervention* een mogelijke uitkomst, zoals geregeld in Rule 24(b). Dit betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechter om interventie door een ieder toe te staan, als diegene een vordering of verweer heeft die met het hoofdgeding een gemeenschappelijke rechtsvraag of feitelijke vraag deelt. In dat geval moet de rechter meewegen of de *intervention* de rechtszaak van de oorspronkelijke partijen zal vertragen of benadelen (*prejudice*).

145 Zie voor een overzicht Vreeland 1990.

146 Zie voor een overzicht Vreeland 1990.

'[...] whether the interests of a present party to the suit are such that it will undoubtedly make all of the intervenor's arguments; whether the present party is able and willing to make such arguments; and whether the intervenor would offer any necessary element to the proceedings that the other parties would neglect.'¹⁴⁷

De meeste gerechten stellen hogere eisen als belangenorganisaties willen interveniëren aan de kant van de overheid. Het uitgangspunt is dat de overheid, als behartiger van het algemeen belang, al de belangen beschermt van alle burgers, inclusief die van de achterban van de belangenorganisatie. De Ninth Circuit stelt echter geen aparte eisen aan belangenorganisaties die aan de kant van de overheid willen interveniëren om zo wet- of regelgeving mee te helpen verdedigen.¹⁴⁸

In de literatuur over interventie wordt gewezen op de specifieke expertise van belangenorganisaties in PIL-procedures. Zij zijn vaak expert op het beleids-terrein waarop de zaak waarin zij willen interveniëren betrekking heeft.¹⁴⁹ Zo bouwen grote milieuorganisaties als de Natural Resources Defense Council, de Environmental Defense Fund en de Sierra Club hun rechtszaken op het onderzoek dat bij hen werkzame wetenschappers verrichten, heeft de Consumer Union eigen laboratoria waarin het producten kan testen, en hebben de NAACP en ACLU over de tijd expertise opgebouwd door zich op specifieke deelterreinen van het recht te richten.

Hoewel de interventie veel weg heeft van de *amicus curiae* is er een belangrijk verschil. Waar een *amicus curiae* geen rechten van procespartijen heeft, geldt voor een interveniërende partij dat deze bepaalde rechten van een procespartij wel heeft. Zo mag een interveniërende partij bijvoorbeeld deelnemen aan *discovery* en mee onderhandelen over de uitkomst van de procedure. Vooral dat laatste is relevant voor PIL-organisaties, nu de specifieke formulering van de uitspraak van de rechter van groot belang is voor het effect van een bepaalde uitspraak. Voorstanders van interventie wijzen erop dat juist in PIL-procedures het gevaar schuilt dat de partijen zelf niet (evenwichtig) de belangen van alle betrokkenen behartigen, waardoor het van belang is dat belangenorganisaties voor deze balans kunnen zorgen.¹⁵⁰ Een veelgenoemd voorbeeld van een type procedure waarbij interventie een uitkomst kan bieden zijn procedures over positieve discriminatie. Zo zijn bijvoorbeeld minderheden geen partij in een procedure die is gericht tegen het positieve discriminatiebeleid van een universiteit, terwijl zij een groot belang hebben bij de uitkomst van de procedure. Hoewel de universiteit hierbij het belang van positieve discriminatie zal verdedigen, kan het zijn dat de minderheden hiervoor andere

147 9th Cir 18 februari 1986, 783 F2d 821 (*United States v. Stringfellow*), p. 827.

148 Zie bijv. 9th Cir 19 augustus 1983, 713 F2d 525 (*Sagebrush Rebellion, Inc. v. Watt*); 9th Cir 17 december 1982, 684 F2d 627 (*Washington State Building and Construction Trades Council v. C. Spellman*).

149 Vreeland 1990, p. 295.

150 Zie bijv. Vreeland 1990; Jones 1979, p. 33.

argumenten of bewijsstukken zouden aanvoeren dan de universiteit zelf. Veel geciteerd is in dit verband Judge Wyzanski:

'To leave non-whites at the mercy of whites in the presentation of non-white claims which are admittedly adverse to the whites would be a mockery of democracy. Suppression, intentional or otherwise, of the presentation of non-white claims cannot be tolerated in our society. [...] In presenting non-white issues non-whites cannot, against their will, be relegated to white spokesmen, mimicking black men. The day of the minstrel show is over.'¹⁵¹

6.3.8 Tussenconclusie

Een belangrijk vertrekpunt voor de Amerikaanse toegang tot de rechter betreft *Article III* van de Amerikaanse Constitutie, op basis waarvan sprake moet zijn van *cases* en *controversies*. Hierin wordt het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming gelezen, dat moet worden gezien tegen de achtergrond van de machtscheiding. Met het oog op efficiënte en effectieve rechtsbescherming biedt het Amerikaanse procesrecht wel verschillende mogelijkheden die kunnen bijdragen aan rechtsbeschermingsmogelijkheden voor groepen. Toch speelt in het Amerikaanse procesrecht het individu een kernrol, (nog) meer dan in het Nederlandse burgerlijk procesrecht. Enkel waar individuen zelf *standing* kunnen hebben, is het mogelijk om een *class action* te voeren of om als belangenorganisatie op te komen voor een statutair belang. Daarin houdt het Amerikaanse procesrecht, meer dan het Nederlandse burgerlijk procesrecht, vast aan de juridische mogelijkheden die een individu heeft en is voor de behartiging van algemene belangen weinig plaats. Dit moet plaatsvinden over de band van individuen die zelf naar de rechter zouden kunnen. Toch maakt dit het Amerikaanse procesrecht zeker niet ongeschikt voor PIL-procedures en blijkt de mogelijkheid om te kunnen procederen tegen algemene regels (*judicial review*) eigenlijk nog belangrijker dan de mate waarin belangenorganisaties zelf bij de rechter algemene en collectieve belangen kunnen behartigen. Het Amerikaanse procesrecht kent bovendien instrumenten om als niet-vertegenwoordigde partij input te kunnen leveren in een individuele procedure, zoals de *amicus curiae* en interventie. Dat PIL in de VS is uitgegroeid tot een zelfstandig rechtsgebied met zeer ervaren en geprofessionaliseerde belangenorganisaties, betekent echter niet dat de legitimiteit ervan ook een gegeven is. Dat vormt het onderwerp van de volgende paragraaf.

151 *Western Addition Community Org. v. NLRB*, 485 F.2d 917, 932, 940 (D.C. Cir. 1973) (Wyzanski, J., dissenting).

6.4 LEGITIMITEIT

De legitimiteit van PIL en met name *impact litigation* betreft ook in de Amerikaanse literatuur een onderwerp van voortdurend debat. Vaak gaat het dan over de rol van de rechter, de constitutie en het procesrecht in PIL-procedures. In deze paragraaf richt ik mij echter op de (met name) rechtssociologische literatuur waarin de rol van de *public interest groups* binnen PIL wordt gewaardeerd in termen van legitimiteit. De inzichten uit dit onderzoek kunnen een waardevolle bijdrage leveren aan het Nederlandse juridische debat, door de verbinding te leggen tussen de sociaalwetenschappelijke inzichten over de rol van belangenorganisaties binnen de democratie met inzichten over de rol van belangenorganisaties in het recht. In deze paragraaf richt ik me op de thema's die de specifiek Amerikaanse context overstijgen en die het Nederlandse juridische debat kunnen informeren. Het gaat dan met name om de plaats van PIL in een democratische samenleving, de bijdrage van PIL aan effectieve rechtsbescherming en de representativiteit van PIL-organisaties. Daarbinnen ligt de primaire focus op de belangenorganisaties die zich bezighouden met PIL. Hoewel de rechter niet de centrale actor vormt binnen dit onderzoek, zal ook kort worden stilgestaan bij de veranderende rol van de rechter in PIL-procedures. Dit debat biedt namelijk inzichten in de specifieke aard van PIL-procedures en de procedurele spanningen die ermee gepaard (kunnen) gaan, die op hun beurt weer implicaties hebben voor het denken over de legitimiteit van procederende belangenorganisaties.

6.4.1 Democratische legitimiteit

Net als in Nederland richt ook in de VS een groot deel van het normatieve debat rondom PIL zich op de rol van de rechter. Daarnaast bestaat in de VS ook een omvangrijke onderzoekstraditie die de belangenorganisatie als actor centraal stelt, namelijk in rechtssociologische onderzoeken naar de aanpak, strategieën en impact van belangenorganisaties die zich bezighouden met PIL. Dit rechtssociologische onderzoek kent zowel normatieve als empirische aspecten. Een veelgeciteerd normatief werk betreft het boek *Lawyers and Justice: An Ethical Study* van David Luban. In zijn boek bepleit Luban in reactie op veelgehoorde bezwaren tegen PIL waarom hij PIL wél legitiem acht. In deze paragraaf staat het meest principiële bezwaar tegen PIL centraal, namelijk wat Luban de '*objection from democracy*' noemt.¹⁵² In essentie komt deze kritiek erop neer dat het onwenselijk is dat groepen de democratische wil frustreren door via de rechter alsnog te krijgen wat zij niet kunnen krijgen via de traditionele democratische middelen.¹⁵³ De onderliggende assumptie is dat telkens

¹⁵² Luban 1988, p. 358.

¹⁵³ Luban 1988, p. 358; denk aan lobbyen, het wetgevingsproces en verkiezingen.

als een belangenorganisatie een PIL-procedure start, zij daarmee politiek bedrijft. Nu het politieke proces democratisch gelegitimeerd is en belangenorganisaties dat niet zijn, zou daaruit volgen dat PIL illegitiem is. Luban meent echter dat deze assumptie is gebaseerd op een te versimpeld beeld van de werkelijkheid en dat PIL de democratie juist kan beschermen in plaats van bedreigen.

6.4.1.1 Gebrekkige democratische legitimatie van bepaalde typen overheidshandelen

Allereerst constateert Luban dat PIL-procedures niet per se hoeven te gaan over democratisch gelegitimeerde regels.¹⁵⁴ Zo reguleren in Amerika *administrative agencies* net zo veel of zelfs meer dan de wetgever zelf, terwijl zij niet direct democratisch gelegitimeerd zijn. Ook in de Nederlandse juridische literatuur wordt geconstateerd dat niet alle algemene regels democratisch gelegitimeerd zijn, maar deze constatering wordt vooralsnog primair gekoppeld aan een pleidooi voor de openstelling van beroep tegen algemene regels. Zij speelt een minder grote rol in het legitimiteitsdebat rondom het beroepsrecht voor belangenorganisaties (zie hfdst. 4). Daarin worden democratisch gelegitimeerde (bestuurs)organen en minder of niet-democratisch gelegitimeerde bestuursorganen toch vaak op één hoop gegooid, waarbij de rechter er vooral voor moet waken niet op de stoel van wetgever en bestuur te gaan zitten. Nu lang niet alle PIL-procedures zien op democratisch gelegitimeerde besluiten, zou de *objection from democracy* een minder grote rol moeten spelen bij PIL die betrekking heeft op overheidshandelen binnen de uitvoerende macht dan bij PIL die betrekking heeft op overheidshandelen binnen de wetgevende macht.¹⁵⁵ Zelfs bij die laatste categorie meent Luban echter dat de *objection from democracy* nuancering behoeft.

6.4.1.2 Public interest litigation als bescherming in plaats van bedreiging voor de democratie

Ook als PIL-procedures betrekking hebben op algemene regels en beleidskeuzes die wél afkomstig zijn van democratisch gelegitimeerde organen, hoeft dit volgens Luban niet per se een bedreiging voor de democratie op te leveren. Integendeel: Luban beschouwt PIL als een (aanvullende) bescherming van democratische waarden.¹⁵⁶ Ter onderbouwing wijst Luban op gebreken in het democratische proces die kunnen leiden tot wat Luban *legislative failures* noemt. Deze kunnen een meer activistische houding van de rechter ten opzichte van wetgeving en beleid rechtvaardigen. Opvallend is dat Luban zich hierbij niet, zoals in de Nederlandse literatuur vaak gebeurt, beperkt tot democratische

¹⁵⁴ Luban 1988, p. 358-359.

¹⁵⁵ Zie bijv. Neely 1981; Sunstein 1985.

¹⁵⁶ Luban 1988, p. 370.

gebreken binnen de institutionele pijler van het politieke proces, maar ook democratische gebreken binnen de maatschappelijke pijler een prominente rol geeft binnen zijn argumentatie. Zo constateert Luban in lijn met de sociaal-wetenschappelijke onderzoeken uit hoofdstuk 5 dat in politieke en bestuurlijke besluitvormingsprocessen de belangen van vaak toch al machteloze of minder machtige minderheidsgroepen in de samenleving worden ondervertegenwoordigd, omdat zij veelal minder gemobiliseerd, vindingsrijk, ervaren en welvarend zijn dan bijvoorbeeld de belangen van het bedrijfsleven.¹⁵⁷ Dat kan leiden tot onevenwichtige belangeninbreng, hetgeen het risico op *legislative failures* met zich brengt. Aan de constatering dat het democratisch proces in de praktijk niet helemaal werkt volgens het ideaal, verbindt Luban de conclusie dat de rol van de rechter overeenkomstig zou moeten worden aangepast.¹⁵⁸ Binnen de klassieke theorie over de rol van de rechter heeft de rechter vanwege zijn gebrek aan democratische legitimatie een beperkte rol. Deze is beperkt tot het bieden van individuele rechtsbescherming en het beschermen van minderheden, niet door zelf regels te maken (*judicial legislation*), maar door het recht toe te passen op een concreet geval. Luban bepleit dat *legislative failures* kunnen rechtvaardigen dat de rechter een actievere houding aanneemt.¹⁵⁹ Een dergelijke redenering is in de VS niet onbekend. In de zaak *United States v. Carolene Products* noemt de Supreme Court zelf expliciet de mogelijkheid dat:

‘The possibility that legislation that undercuts democratic control and legislation directed at minorities who are cut out of the deal so that they cannot form effective pressure groups may deserve heightened judicial attention.’¹⁶⁰

Neeley, rechter bij de Supreme Court van West Virginia, formuleert het als volgt:

‘Since legislatures must device institutional procedures which disguise their efforts to reduce the number of successful raids by powerful predators on the common wealth, the courts have been put in the business, through historical trial and error, of compensating for the inevitable inertia which the procedures of the legislature foster. In general, courts actively seek to vindicate the public interest.’¹⁶¹

Een dergelijke benadering van de rol van de rechter binnen de democratie wordt ook vertolkt door Ely, die weliswaar onderschrijft dat in een representatieve democratie het proces van belangenafweging is overgelaten aan de democratisch verkozen vertegenwoordigers, maar tegelijkertijd constateert

157 Luban 1988, p. 364 e.v. Zie uitgebreid hfdst. 4.

158 Luban 1988, p. 360.

159 Luban 1988, p. 361.

160 USSC 25 april 1938, 304 U.S. 144 (*United States v. Carolene Prods. Co.*), voetnoot 4; ook wel ‘the most important footnote in constitutional law’ genoemd; zie uitgebreid Fiss 1979, p. 6-8.

161 Neely 1981, p. 50.

dat zich in het proces van belangenafweging *malfunctions* kunnen voordoen. Een gelijke stem voor iedereen bij de verkiezingen vertaalt zich namelijk niet door naar representatieve vertegenwoordiging van belangen:

‘When (1) the ins are choking off the channels of political change to insure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.’¹⁶²

Ely zoekt vervolgens – kort gezegd – de legitimiteit van *judicial review* en *judicial lawmaking* in de participatie van ondervertegenwoordigde of politiek buitengesloten groepen en de versterking van hun representatie bij de rechter. Dat PIL-procedures kunnen leiden tot rechterlijk activisme is niet per definitie een bedreiging van de representatieve democratie, maar moet volgens Ely ook worden beschouwd als een gerechtelijke inspanning om representatie te versterken en participatie te verbeteren en als zodanig juist bij te dragen aan kernwaarden van de representatieve democratie.¹⁶³

Hoewel Luban in bepaalde gevallen aanpassing van de klassieke theorie van de rol van de rechter bepleit, is hij in essentie wel voor rechterlijke terughoudendheid als het gaat om democratisch gelegitimeerde wet- en regelgeving.¹⁶⁴ Alleen als er goede redenen zijn, zoals wanneer er sprake is van groepen die niet vertegenwoordigd zijn of konden worden in het besluitvormingsproces of als er sprake is van collectieve actieproblemen die een goede werking van het pressiegroepensysteem belemmeren, dan mag de rechter volgens Luban legitiem ingrijpen.¹⁶⁵ Daarbij beschouwt Luban PIL als een uitnodiging aan de rechter, waarin deze niet hoeft mee te gaan. Lubans theorie geeft slechts de buitengrenzen aan van wat rechters gelegitimeerd *kunnen* doen, zonder te zeggen wat zij *moeten* doen. Vaak zal het volgens Luban onverstandig of ongepast zijn om als rechter in te grijpen in het geval van *legislative failures*.¹⁶⁶ De rechter is misschien wel helemaal niet in staat om te bepalen of een belangrijke achterban niet in staat is geweest zich als belangenorganisatie te mobiliseren en haar belang meegewogen te krijgen in het politieke besluitvormingsproces. Een rechter is misschien ook niet in staat om een geschikte

162 Ely 1980, p. 103; zie bijv. ook Eskridge 2009; Dixon 2007; Dixon 2017; Dixon 2023, over blinde vlekken en *burdens of inertia* als ‘blokkades’ binnen het democratische proces, waarbij de rechter zich professioneel en institutioneel in een relatief gunstige positie bevindt om voor deze blokkades te compenseren.

163 Ely 1980, p. 102.

164 Luban 1988, p. 367-368.

165 Luban 1988, p. 367.

166 Luban 1988, p. 367.

remedie te bedenken. Maar dat is volgens Luban geen probleem: een rechter kan de uitnodiging hiertoe immers altijd afslaan.¹⁶⁷

Vertaald naar het Nederlandse debat over de legitimiteit van het beroepsrecht voor belangenorganisaties zou Lubans redenering pleiten vóór een brede toegang van belangenorganisaties tot de rechter. Dit biedt in ieder geval de verschillende groepen binnen de samenleving de mogelijkheid om de rechtsgang te initiëren als zij menen dat hun belang in het politieke proces niet of onvoldoende is vertegenwoordigd en als gevolg daarvan inbreuk wordt gemaakt op hun rechten. De vraag hoe de rechter vervolgens inhoudelijk dient om te gaan met dergelijke procedures, ziet Luban als een vervolgvraag die hij zelf niet beantwoordt. Hoewel dat ook niet de primaire focus is van dit proefschrift, behandel ik in paragraaf 6.4.4 in vogelvlucht het Amerikaanse debat over de veranderende rol van de rechter in PIL. Voor hier is het vooral van belang om te constateren dat de legitimiteit van PIL in de VS door voorstanders vooral wordt gevonden in het compenseren voor politieke ondervertegenwoordiging. Het is dan ook niet geheel toevallig dat deze visie vooral steun vindt in progressieve en liberale kringen. Ondervertegenwoordiging in het politieke proces vormde immers de directe aanleiding voor de opkomst van PIL onder progressieve en liberale groepen, die in actieve rechters een belangrijke aanjager van sociale verandering zien.¹⁶⁸ De conservatieve groepen daarentegen betogen van oudsher dat rechtbanken geen legitieme route zijn voor sociale verandering, omdat hiermee het democratische proces wordt omzeild.¹⁶⁹ Binnen de conservatieve ideologie vormt *institutional conservatism* een belangrijke component, wat neerkomt op een beperkte rol voor de rechterlijke macht en op zijn minst een afkeer van *judicial innovation*.¹⁷⁰ Als gevolg daarvan hebben conservatieve groepen aanvankelijk vooral *amicus*brieven ingediend in plaats van zelf rechtszaken aan te spannen.¹⁷¹

6.4.2 Effectieve rechtsbescherming

Net als in het Nederlandse juridische debat wordt ook in de Amerikaanse literatuur gewezen op de bijdrage die belangenorganisaties kunnen leveren aan effectieve rechtsbescherming. Waar in het Nederlandse juridische debat vooral wordt aangenomen dat belangenorganisaties vanwege hun expertise, middelen en ervaring over bepaalde voordelen beschikken ten opzichte van individuen, is dit argument in de Amerikaanse literatuur verder uitgewerkt

¹⁶⁷ Luban 1988, p. 367.

¹⁶⁸ Chen & Cummings 2013, p. 96.

¹⁶⁹ Southworth 2005b, p. 1240.

¹⁷⁰ Chen & Cummings 2013, p. 114, citerend uit Fallon 2002, p. 450.

¹⁷¹ Chen & Cummings 2013, p. 107; Southworth 2005b, p. 1250; Epstein 1985, p. 122-123, 132.

en onderbouwd. Een belangrijk onderscheid daarbinnen betreft de *one shooters* versus de *repeat players*.

6.4.2.1 *One shooters versus repeat players*

Het idee van ondervertegenwoordiging speelt een centrale rol in het denken over de legitimiteit van PIL. Tot nu toe ging het vooral over PIL als compenserende factor voor ondervertegenwoordiging in het *politieke* proces, maar PIL kan ook bijdragen aan het tegengaan van ondervertegenwoordiging in het *juridische* proces. Juist in procedures tegen de overheid is vaak sprake van een *unequal playing field* in termen van procespartijen.¹⁷² In zijn veelgeciteerde artikel 'Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change' onderscheidt Galanter tussen *one shooters* en *repeat players*.¹⁷³ De meeste burgers kwalificeren als *one shooters*, omdat zij slechts incidenteel een beroep doen op de rechter. De overheid daarentegen is een voorbeeld van een belangrijke *repeat player*, die in veel soortgelijke geschillen verwickeld is.¹⁷⁴ Galanter concludeert dat *repeat players* over het algemeen verschillende voordelen hebben ten opzichte van *one shooters* en dat deze verschillen bijdragen aan een ongelijk speelveld.

Zo hebben *repeat players* ten opzichte van *one shooters* vaak meer (voor)ken-
nis, niet alleen omdat zij het proces al vaker hebben doorlopen, maar ook omdat zij (in het geval van overheidsinstellingen) degenen zijn die de overheidsbesluiten schrijven die het voorwerp van het geschil zullen vormen.¹⁷⁵ Zij houden zich vaak al langer bezig met het desbetreffende onderwerp, hebben meer expertise opgebouwd en anders gemakkelijker toegang tot specialisten. Ook hun advocaten zijn vaak zeer gespecialiseerd en behandelen hun juridische zaken op regelmatige basis. Door de ruime ervaring met procederen hebben *repeat players* schaalvoordelen, waardoor de kosten voor het starten of voeren van één extra procedure relatief lager zijn. Naast deze wat meer 'algemeen bekende' verschillen noemt Galanter het verschil met betrekking tot wat partijen als een gunstige uitkomst beschouwen. Voor een *one shooter* staat de onmiddellijke uitkomst van de zaak op het spel. Het gaat de *one shooter* in beginsel alleen om zijn eigen individuele procedure.¹⁷⁶ De *one shooter* heeft geen (direct) belang bij de uitkomsten van soortgelijke procedures van andere *one shooters* in de toekomst. Het is voor de *one shooter* een kwestie van winst of verlies in een individuele procedure waarin hij *all-in* is. In de woorden van Grossman, Kritzer en Macaulay:

¹⁷² Chen & Cummings 2013, p. 205.

¹⁷³ Galanter 1975, p. 97-98.

¹⁷⁴ Ook anderen kunnen als *repeat player* kwalificeren, zoals bedrijven.

¹⁷⁵ Galanter 1975, p. 98 e.v. voor een overzicht van de voordelen die *repeat players* hebben.

¹⁷⁶ Galanter 1975, p. 100.

'The one shotter's claims are too large (relative to their size) or too small (relative to the cost of remedies) to be managed routinely and rationally, but a one shotter's interest in winning a particular case is very high.'¹⁷⁷

Dat is vaak heel anders bij *repeat players*. Hun belang reikt verder dan individuele procedures, waardoor zij de mogelijkheid hebben om hun (financiële) risico's te spreiden over een lange reeks rechtszaken waarin zij bovendien kunnen inzetten op wat Galanter noemt '*playing for rules*'.¹⁷⁸ Hiermee wordt bedoeld dat *repeat players* vaak niet een primair belang hebben bij de uitkomst die ziet op een specifiek individu, maar bij de structurele uitkomst of implicaties op het niveau van beleid of regelgeving. Waar de *one shotter* dus een primair belang heeft bij de uitkomst van zijn eigen zaak, heeft de *repeat player* die wordt geconfronteerd met een serie gelijksoortige zaken primair een belang bij een gunstige jurisprudentielijn en de stand van het recht.¹⁷⁹ Dat leidt volgens Galanter tot meer strategische mogelijkheden voor *repeat players*. Zij kunnen bijvoorbeeld proberen om ongunstige zaken niet bij de rechter te laten voorkomen, door te schikken of eiser te geven wat hij wil en zo het procesbelang weg te nemen. Andersom kunnen zij juist zaken uitprocederen waarbij een gunstig effect wordt verwacht voor regelgeving of beleid.¹⁸⁰ Niet alleen de rechter kan kortom individuele procedures aangrijpen voor rechtsontwikkeling; ook *repeat players* kunnen hiertoe een poging doen, terwijl de mogelijkheden van *one shotters* op dit gebied beperkter zijn.

6.4.2.2 Naar een gelijk speelveld?

Dat leidt er volgens Galanter toe dat de rechtsgang dus niet noodzakelijk (en volgens Galanter waarschijnlijk helemaal niet) resulteert in een gelijk speelveld.¹⁸¹ Belangenorganisaties kunnen hier een mogelijke oplossing voor bieden, omdat zij in zaken tegen de overheid de nadelen van *one shotters* kunnen compenseren door (enkele van) de voordelen te bieden die inherent zijn aan *repeat players*.¹⁸² Chen en Cummings verwoorden het als volgt:

'Interest groups are meant to correct for some of this inequality, by providing expert lawyers, with long-term experience and a commitment to "play for rules", to make up for some of the informational and resource disadvantages that typical public interest plaintiffs confront.'¹⁸³

¹⁷⁷ Grossman, Kritzer & Macaulay 1999, p. 803.

¹⁷⁸ Galanter 1975, p. 100.

¹⁷⁹ Galanter 1975, p. 100-101.

¹⁸⁰ Galanter 1975, p. 101-102.

¹⁸¹ Galanter 1975.

¹⁸² Zie ook Grossman, Kritzer & Macaulay 1999, p. 805.

¹⁸³ Chen & Cummings 2013, p. 205.

Dat belangenorganisaties in procedures tegen de overheid kunnen compenseren voor de ongelijkheid in kennis, middelen en expertise die overheden in de regel hebben ten opzichte van individuele burgers, is ook in het Nederlandse debat een veelgenoemd argument. Galaners onderzoek voegt daar het argument aan toe dat belangenorganisaties als *repeat players* kunnen bijdragen aan een '*bottom-up approach*' van rechtsontwikkeling, waarbij niet alleen de rechter of een bestuursorgaan voorselecteert, maar ook belangenorganisaties actief kunnen bijdragen aan het selecteren van geschikte zaken en hun risico's kunnen spreiden over meerdere procedures. Waar *one shotters* hun strategieën moeten richten op het winnen van een specifieke zaak, kunnen belangenorganisaties als *repeat players* hun strategieën richten op het realiseren van politieke, maatschappelijke en juridische verandering via een veelheid aan procedures, waarbij soms ook verloren mag worden. Tegelijkertijd wordt hierbij wel benadrukt dat het onwaarschijnlijk is dat betrokkenheid van belangenorganisaties daadwerkelijk resulteert in een gelijk speelveld:

'[...] public interest lawyers can rarely ever match the resources of their adversaries, which makes it crucial that they skillfully litigate the cases that they do accept.'¹⁸⁴

Met andere woorden: belangenorganisaties kunnen een bijdrage leveren aan een meer gelijkwaardig proces, hetgeen hun betrokkenheid bij procedures legitimeert, maar hun effectiviteit moet tegelijkertijd niet worden overschat.

6.4.3 Representatieve legitimiteit

Net als in het Nederlandse juridische debat vormt de representativiteit van belangenorganisaties ook een belangrijk aspect binnen het Amerikaanse legitimiteitsdebat. Waar het bij democratische legitimiteit volgens Luban gaat om de principiële vraag of PIL überhaupt mogelijk moet zijn, gaat het bij representatieve legitimiteit om de belangrijke vervolgvraag *hoe* PIL legitiem kan worden uitgeoefend (niet door de rechter, maar door de belangenorganisaties). Een belangrijk verschil met het Nederlandse denken over de representativiteit van belangenorganisaties is dat in de Amerikaanse rechtssociologische literatuur over representativiteit in PIL-context niet zozeer de representativiteit van de belangenorganisatie zelf centraal staat, maar die van de (vaak voor de belangenorganisatie werkzame) advocaten die de PIL-procedures voeren. Daarbij rijst niet alleen de vraag hoe de advocaten zich verhouden tot de groep die zij willen vertegenwoordigen, maar ook hoe zij zich verhouden tot de individuele cliënt die als *class representative* of als 'proefpersoon' als procespartij zal optreden. Vanwege deze focus op de advocaat-client-groep-relatie, schrijven vooral auteurs op het gebied van *legal ethics* over deze vraag. Daarbij vormt

184 Chen & Cummings 2013, p. 205.

Lubans *Lawyers and Justice: An Ethical Study* opnieuw een veelgeciteerde bron, waarin wordt gekomen tot een theorie over het concept representativiteit in PIL-context.

6.4.3.1 *Representative associational standing en representativiteit*

Er wordt zoals gezegd maar weinig aandacht besteed aan de representativiteit van de belangenorganisatie zelf. Dat heeft ermee te maken dat de belangenorganisatie zelf meestal niet optreedt als procespartij in PIL. De enige uitzondering daarop is *representative associational standing*, waarbij de belangenorganisatie wel zelf als procespartij de procedure initieert. Deze figuur is ontwikkeld in de jurisprudentie van de Supreme Court en kent geen representativiteitsvereiste. In plaats daarvan wijst de Supreme Court erop dat zekere waarborgen omtrent representativiteit inherent zijn aan de bestaansmechanismen rondom belangenorganisaties:

‘The very forces that cause individuals to band together in an association will thus provide some guarantee that the association will work to promote their interests.’¹⁸⁵

Daarin is *representative associational standing* volgens de Supreme Court anders van aard dan de *class action*, waarin wel een representativiteitsvereiste geldt. In de *class action* gaat het in de woorden van de Supreme Court om een ‘ad hoc union of injured plaintiffs who may be linked only by their common claim’.¹⁸⁶ Een belangenorganisatie daarentegen is een duurzamer organisatieverband, waarbij mensen er bewust voor hebben gekozen ‘to create an effective vehicle for vindicating interests that they share with others’ en waarbij de belangenorganisatie kan ‘draw upon a preexisting reservoir of expertise and capital’.¹⁸⁷

In de literatuur zijn wel enkele pleidooien te vinden voor invoering van een representativiteitsvereiste, maar die vormen meestal onderdeel van het bredere pleidooi voor een volwaardig beroepsrecht voor belangenorganisaties.¹⁸⁸ Als een belangenorganisatie *standing* zou kunnen ontleenen aan de collectieve (of zelfs algemene) belangen die zij blijkens haar doelstelling behartigt (ook wel *collective standing* genoemd), dan wordt een representativiteitsvereiste wenselijk gevonden, waarbij men voor de invulling aansluiting zoekt

185 USSC 25 juni 1986, 477 U.S. 274 (*International Union, Union Automobile, Aerospace, and Agricultural Implement Workers of America v. Brock*), p. 290.

186 USSC 25 juni 1986, 477 U.S. 274 (*International Union, Union Automobile, Aerospace, and Agricultural Implement Workers of America v. Brock*), p. 290.

187 USSC 25 juni 1986, 477 U.S. 274 (*International Union, Union Automobile, Aerospace, and Agricultural Implement Workers of America v. Brock*), p. 290.

188 Zie bijv. Simone 1981; vgl. Edmonds 2002.

bij het representativiteitsvereiste van de *class action*. Deze zal in de volgende paragraaf worden besproken.

6.4.3.2 De *class action* en representativiteit

Rule 23(a)(4) vereist ten aanzien van de *class action* dat 'the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class'. Strikt gezien valt de belangenorganisatie zelf niet onder 'the representative parties', maar gaat het hierbij om de *class representative* en zijn advocaat. Rule 23(a)(4) moet vooral worden begrepen tegen de achtergrond van de massaschadevergoedingsactie. Zeker in Amerika brengt deze behoorlijke financiële prikkels met zich mee, vooral voor de advocaat. *Class actions* zijn extreem duur om te voeren en omdat het bij *class actions* vaak gaat om strooischade die pas écht omvangrijk wordt op collectief niveau, is het voor individuen zelden interessant om de kosten van een *class action* op te hoesten (als zij dat al zouden kunnen). In plaats daarvan is het meestal de advocaat die op basis van *no cure-no pay* de financiële investeringen en risico's draagt. Daar staat tegenover dat als de *class action* wordt gewonnen (of tot een schikking leidt), de advocaat voor zijn *fee* aanspraak mag maken op een percentage van de massaschadevergoeding (in de regel ca. 15%).¹⁸⁹ Om individuen aan te moedigen om als *class representative* op te treden en de daarbij behorende taken en verantwoordelijkheden te dragen, kunnen ook zij een financiële vergoeding (bijvoorbeeld een *incentive award*) krijgen die hoger is dan wat de andere individuele leden van de groep zouden krijgen. Deze financiële prikkels maken enerzijds *class actions* mogelijk, maar kunnen er anderzijds toe leiden dat de belangen van advocaat, cliënt en *class* uiteen gaan lopen. Wat als de *class representative* en/of de advocaat snel wil schikken, terwijl de *class* door zou willen procederen? Wat als de advocaat liever een schadevergoeding in geld ziet, terwijl voor de *class* een schadevergoeding in natura gunstiger is? Rule 23(a)(4) vereist dat de *class representative* en de advocaat procederen op een manier die de belangen van de groep behartigt en niet (primair) hun eigen belangen.

Over de uitwerking van deze regel is veel jurisprudentie, maar aangezien deze vooral ziet op massaschadevergoedingszaken en minder op PIL-procedures, is het interessanter om te kijken naar hoe dit vereiste in de literatuur rondom PIL in normatieve zin wordt uitgelegd. Ook in PIL-procedures is het immers denkbaar dat de belangen van de advocaat (die vaak werkzaam is bij de belangenorganisatie) op gespannen voet kunnen komen te staan met die van de individuele cliënt en/of de achterliggende groep. Zo kan de advocaat op basis van zijn *impact*-strategie willen doorprocederen tot de Supreme Court, terwijl het voor de individuele cliënt aantrekkelijker kan zijn om een

189 Zie o.a. Hill 2015.

schikking te accepteren. Dat roept de vraag op hoe de advocaat-cliënt-relatie eruit dient te zien in een PIL-context (dit kan zowel een *class action* zijn als een individueel proefproces).

6.4.3.3 Advocaat-cliënt-relatie in PIL-context

Bij *impact litigation* overstijgt het doel van de procedure het belang van de procespartijen. Dat kan ertoe leiden dat de *public interest lawyer* niet het type advies biedt of de strategische keuzes maakt die in een traditionele advocaat-cliënt-relatie mogen worden verwacht van een advocaat. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de kortetermijnbelangen van de cliënt op gespannen voet staan met de langetermijnbelangen die de *public interest group* beoogt te behartigen.¹⁹⁰ Luban bepleit dat een *public interest lawyer* zijn adviezen en strategieën mag richten op het langetermijnbelang van de organisatie, mits de relatie met de cliënt er één is van wederzijdse politieke *commitment*.¹⁹¹ De advocaat en de individuele cliënt moeten het eens zijn over het bovenindividuele belang waar deze procedure aan bij dient te dragen. De cliënt moet kortom toegewijd zijn aan het bredere belang (de *cause*) om te kunnen rechtvaardigen dat de focus van de advocaat minder ligt op de concrete wensen van de cliënt en meer op de waarden waarmee de cliënt heeft ingestemd toen hij instemde met het voeren van deze procedure.

Hierbij speelt mee dat het in PIL-context vaak gaat om een gerekruteerde cliënt. Juist in PIL-context kan het voorkomen dat mensen niet eens weten dat hun rechten worden geschonden of dat zij een juridische actie niet kunnen betalen of menen dat deze toch nooit succesvol zal zijn. De *Brown*-zaak vormt een voorbeeld van dat laatste: weinig of geen zwarte mensen zouden hebben gedacht dat het aanspannen van een juridische procedure voor een rechtbank bestaande uit witte mensen met een jury bestaande uit witte mensen en gevoerd door witte advocaten in die tijd een realistische en effectieve optie zou zijn geweest, ook al wisten zij dat de Jim Crow-wetten onrechtmatig waren.¹⁹² In haar zoektocht naar iemand die deze procedure bereid zou zijn te voeren kwam de NAACP uiteindelijk uit bij Oliver Brown. Luban wijst erop dat het actief rekruteren van cliënten om PIL-procedures te voeren ervoor zorgt dat belangenorganisaties organisatorische, financiële, emotionele en juridische ondersteuning kunnen bieden aan mensen die dat nodig hebben om een procedure te starten 'against an institution that has its thumb poised over your eye'.¹⁹³ De Supreme Court hanteerde in de zaak *Primus* een soortgelijke rede-nering toen zij oordeelde dat het rechtmatig was voor de ACLU om door middel van een brief een bijstandsmoeder die gesteriliseerd was als voorwaarde voor

190 Luban 1988, p. 319.

191 Luban 1988, p. 355.

192 Luban 1988, p. 318.

193 Luban 1988, p. 318.

verdere Medicaid-bijstand ervan te overtuigen via de ACLU een aanklacht tegen de dokter in te dienen.¹⁹⁴ De Supreme Court vond hierbij relevant dat de ACLU een *non-profit*organisatie is en geen compensatie zou ontvangen voor deze zaak. Belangrijker nog achtte de Supreme Court dat '[t]he ACLU engages in litigation as a vehicle for effective political expression and association, as well as a means of communicating useful information to the public', en dat 'the efficacy of litigation as a means of advancing the cause of civil liberties often depends on the ability to make legal assistance available to suitable litigants'.¹⁹⁵

6.4.3.4 Advocaat-groep-relatie in PIL-context

De *public interest lawyer* heeft naast (en samen met) zijn individuele cliënt ook een verantwoordelijkheid jegens de achterliggende groep. Zo vereist Rule 23(a)(4) dat de belangen van de groep eerlijk en adequaat worden behartigd. Luban meent op basis daarvan dat niet genoeg is als alleen de cliënt toegewijd is aan het bovenindividuele belang om te kunnen rechtvaardigen dat de *public interest lawyer* zijn proceskeuzes daarop baseert. Deze proceskeuzes moeten volgens Luban ook daadwerkelijk in het belang zijn van de groep waartoe de cliënt behoort en deze groep moet de keuzes van de advocaat niet afkeuren.¹⁹⁶ Het is op dit punt dat het Amerikaanse debat rondom de representativiteit van de *public interest lawyer* de meeste raakvlakken vertoont met het Nederlandse debat rondom de representativiteit van belangenorganisaties.

Waar bij de individuele cliënt nog wel te achterhalen valt wat hij precies wil, is dat bij een groep een stuk lastiger. Zeker bij de *class action* heeft de groep doorgaans een wat abstract karakter: de groepsleden hebben in beginsel geen procespositie, zijn vaak niet bij naam bekend, worden vaak niet betrokken bij de procedure en zijn zich misschien niet eens bewust van het bestaan of hun 'lidmaatschap' tot deze groep. Mede daarom kan het lastig zijn om te bepalen wat de groep wil. Amerikaans onderzoek naar representativiteit en PIL laat dan ook verschillende voorbeelden zien waarin de advocaat keuzes heeft gemaakt die – ondanks de goede bedoelingen – niet (volledig) in overeenstemming waren met de wensen van de groep. Het bekendste voorbeeld daarvan is *Brown v. Board of Education of Topeka*.¹⁹⁷ Deze wordt vaak geprezen als het succesverhaal van PIL, maar achteraf bleek dat de meeste zwarte ouders liever betere kwaliteit onderwijs op zwarte scholen wilden dan dat zij hun zwarte kind naar een witte school mochten brengen (die bijvoorbeeld in termen

194 USSC 30 mei 1978, 436 U.S. 412 (*Primus*).

195 USSC 30 mei 1978, 436 U.S. 412 (*Primus*); zie voor vergelijkbare overwegingen met betrekking tot de NAACP en vakbonden USSC 5 april 1971, 401 U.S. 576 (*United Transportation Union v. State Bar of Michigan*); USSC 5 december 1967, 389 U.S. 217 (*United Mine Workers v. Illinois State Bar Association*); USSC 20 april 1964, 377 U.S. 1 (*Brotherhood of Railway trainman v. Virginia*); USSC 14 januari 1963, 371 U.S. 415 (*NAACP v. Button*).

196 Luban 1988, p. 339-340.

197 USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown v. Board of Education of Topeka*).

van reisafstand te ver weg was).¹⁹⁸ De NAACP had de zaak dus principieel gezien gewonnen, maar in de praktijk bleven zwarte kinderen naar zwarte scholen gaan en bleven deze zwarte scholen ondergefinancierd.

Dergelijke voorbeelden leidden ertoe dat de legitimiteit van PIL in de literatuur bekritiseerd werd.¹⁹⁹ Het zou de ondervertegenwoordigde groepen alleen maar (opnieuw) marginaliseren, omdat de advocaten beter zouden weten wat goed is voor deze groepen, zonder echt naar ze te luisteren en ze te laten meedenken over oplossingen. Waar dit voor sommigen leidde tot het oordeel dat PIL niet bereikt wat het moet bereiken en dus illegitiem is, gingen anderen op zoek naar betere methodes voor representatie. Een veelgeciteerd uitgangspunt daarbij is Luban's ladder van verantwoorde representatie.

6.4.3.5 Verantwoorde representatie

Luban zoekt, net als Pitkin (hfdst. 5), de invulling van representativiteit in het denken over de democratie.²⁰⁰ Hoewel Luban's theorie zich strikt gezien enkel richt op de *public interest lawyer*, is deze ook breder toepasbaar op belangenorganisaties. Uitgangspunt is volgens Luban dat *impact litigation* '[...] is more legitimate the more it represents the democratic will of the parties in whose name it is done'.²⁰¹ Op basis hiervan komt Luban tot een representatieladder met vier verschillende en opeenvolgend zwakkere vormen van representatie.²⁰²

De meest optimale vorm van representatie heeft volgens Luban het karakter van 'directe delegatie' waarbij wordt opgetreden volgens de daadwerkelijke wensen van de groep. Dit is echter alleen mogelijk als de groep klein en compact genoeg is om vast te kunnen stellen wie de leden zijn en wat zij precies willen. Net zoals directe democratie door sommigen als de meest pure vorm van democratie wordt gezien, maar (onder meer) om praktische redenen moeilijk uitvoerbaar is in grote groepen, zal ook directe delegatie in de context van PIL in de praktijk vaak niet haalbaar zijn.

Naarmate een groep groter of meer wijdverspreid is, kan afstemming met alle leden niet meer worden verwacht. De wijze waarop representatie in dat geval vorm dient te krijgen, stelt Luban afhankelijk van de mate waarin de groep gemobiliseerd is. Als de groep gemobiliseerd is en zich daarmee in de positie bevindt om vertegenwoordigers te kiezen, dient de belangenorganisatie op te treden volgens de wensen van deze vertegenwoordigers. Luban noemt

198 Bell 1976.

199 Zie voor een overzicht van kritieken Chen & Cummings 2013, p. 489-490; Scheingold 1974; Chen 2013; Ford 2011.

200 Luban 1988, p. 330.

201 Luban 1988, p. 330.

202 Luban 1988, p. 351-352.

dit 'indirecte delegatie'. Dit sluit aan bij het verkiezingsmodel van de representatieve democratie.

Als een groep echter niet of slechts beperkt gemobiliseerd is en niet in staat is haar eigen vertegenwoordigers te benoemen, dan dient de belangenorganisatie op te treden volgens de wensen van bepaalde leden van de groep waarvan de belangenorganisatie heeft vastgesteld dat zij representatief genoeg zijn voor het belang van de groep. Luban noemt dit 'belangenrepresentatie'. De belangenorganisatie schakelt dan om van het representeren van de wensen van individuen naar het representeren van een bepaald belang (vergelijkbaar met Pitkins onderscheid tussen de representatie van *wishes* en *welfare*, par. 5.6.3). Ook dit is binnen een representatieve democratie vaak noodzakelijk. Verkiezingen geven immers geen inzicht in de concrete wensen van burgers met betrekking tot alle mogelijke kwesties, waardoor ook daar belangenrepresentatie een centrale rol speelt.

Wanneer de belangen van huidige en toekomstige leden met elkaar in conflict zijn, moet volgens Luban worden teruggevallen op 'best world-representatie'. Daarbij dient de belangenorganisatie op te treden in het belang van de best mogelijke wereld voor huidige en toekomstige leden van de groep. Hierbij mag de belangenorganisatie zelf beslissingen nemen en waardekeuzes maken, maar moet zij dit zo geïnformeerd mogelijk doen. Wat de belangenorganisatie ziet als het belang van de groep moet daarbij leidend zijn, waarbij het oordeel van de belangenorganisatie moet worden getemperd door 1) de onzekerheid over de daadwerkelijke gevolgen van bepaald publiek beleid voor de toekomst; 2) de hoeveelheid opoffering die wordt gevraagd van huidige generaties wanneer een toekomstig belang op het spel staat; en 3) de onomkeerbaarheid van de actie.²⁰³ Een dergelijke afweging is ingewikkeld en complex, maar juist dat rechtvaardigt volgens Luban dat *public interest lawyers* hun verantwoordelijkheid voor het maken van keuzes voor de groep heel serieus nemen.²⁰⁴

De representatieladder van Luban biedt weliswaar ethische handvatten voor verantwoorde representatie, maar biedt geen procedurele criteria waaraan dit zou kunnen worden getoetst. Toch kan de representatieladder van Luban wel een bijdrage leveren aan het Nederlandse debat. Zo illustreert de ladder dat het onderscheid tussen collectieve en algemene belangen geen zuivere is, maar gradueel verloopt. Daarnaast biedt het meer inzicht in het denken over representativiteit. In hoofdstuk 5 is al beschreven hoe Pitkin vanuit sociaal-wetenschappelijk perspectief laat zien dat de invulling van representativiteit geen eenduidige is en dat een zinvolle invulling ervan afhankelijk moet zijn van verschillende factoren. Lubans representatieladder licht daar twee factoren heel duidelijk uit, namelijk omvang van de groep en mate van mobilisatie. Mobilisatie is een sociologisch begrip, dat duidt op het in beweging komen

203 Luban 1988, p. 149-150.

204 Luban 1988, p. 350-351, 354.

van een bepaald deel van de bevolking om bepaalde doelen te bereiken. Bij ongemobiliseerde groepen kan het bijvoorbeeld gaan om weinig geëmancipeerde groepen, groepen met een zeer beperkte of afwezige organisatie en/of groepen waarbij er weinig sprake is van bewustzijn bij de individuele leden van het behoren tot een groep. Zeker als de groep dan ook nog eens groot van omvang en wijdverspreid is, zal de aard van de representatie noodzakelijkerwijs verschuiven van de representatie van *personen* naar de representatie van *belangen* (of, in de woorden van Pitkin: de belangenorganisatie minder zal representeren op basis van mandaat en meer op basis van onafhankelijkheid).²⁰⁵ Dat betekent dat de wijze waarop een eventueel representativiteitsvereiste zal worden vormgegeven, implicaties heeft voor het type belang waar belangenorganisaties voor kunnen opkomen en de aard van de groep die zij kunnen vertegenwoordigen.

Dat de zoektocht naar de invulling van een representativiteitsvereiste een ingewikkelde is en dat ook in Amerika geen duidelijk antwoord is te vinden in de literatuur en in de jurisprudentie, rechtvaardigt volgens Luban in ieder geval niet een afschaffing of beperking van PIL (voor zover dat überhaupt mogelijk zou zijn). Dat zou niet alleen de risico's van PIL elimineren, maar ook alle positieve effecten en potentie van PIL:

'Prohibiting law reform and insisting on only narrow, case-by-case efforts to obtain individual remedies, would not only attack the symptoms related to excesses, but would make any kind of meaningful litigation aimed at attacking the cause of poor people's problems impossible.'²⁰⁶

6.4.4 De veranderende rol van de rechter

De opkomst van PIL heeft naast vragen over de rol van belangenorganisaties vooral ook veel vragen doen rijzen over de rol van de rechter. Hoewel de rol van de rechter niet de primaire focus van dit onderzoek vormt, wordt in deze paragraaf toch heel kort stilgestaan bij het legitimiteitsdebat dat zich richt op de taak van de rechter in PIL-procedures. Aan dit debat kunnen namelijk ook inzichten worden ontleend over de bredere legitimiteit van PIL binnen de democratische rechtsstaat en de implicaties van PIL voor de aard van een rechtszaak en de functie van het procesrecht, wat uiteindelijk ook implicaties heeft voor de legitimiteit van de toegang van belangenorganisaties tot de rechter. Om het debat op hoofdlijnen kort weer te geven, wordt hieronder ingegaan op een aantal klassieke en veelgeciteerde publicaties met betrekking tot de rol van de rechter in de PIL-procedures.

²⁰⁵ Pitkin 1967; zie par. 5.6.3.

²⁰⁶ Luban 1988, p. 355.

6.4.4.1 Van het klassieke model van geschilbeslechting naar public law litigation

In 1976 schreef Chayes zijn baanbrekende artikel 'The Role of the Judge in Public Law Litigation'²⁰⁷ en zes jaar later zijn ook veelgeciteerde vervolgpublishatie 'Public Law Litigation and the Burger Court'.²⁰⁸ Chayes beschrijft daarin de opkomst van wat hij *public law litigation* (PLL) noemt: een nieuw type geschil waarin de rechter niet langer wordt benaderd om particuliere geschillen tussen private partijen op te lossen volgens de beginselen van het privaatrecht, maar waarbij de rechter wordt gevraagd zich uit te laten over overheidsbeleid en zich daarbij te laten steunen door constitutionele waarden.

In het klassieke model van procederen als geschilbeslechting (*dispute resolution*) speelt het geschil zich doorgaans af tussen partijen en gaat het over de gevolgen van bepaalde handelingen van partijen voor hun rechtsverhouding (rechten en plichten).²⁰⁹ Daardoor is de procesvoering bipolair: twee partijen zijn verwikkeld in een *winner takes all*-strijd waarin zij tegenover elkaar staan. Het proces is bovendien retrospectief, gericht op het bepalen van de juridische gevolgen van een afgerond geheel aan gebeurtenissen in het verleden. Daarbij zijn recht en remedie logischerwijs aan elkaar verbonden en van elkaar afhankelijk. Verder is de rechtszaak een opzichzelfstaande aangelegenheid: het is in tijd begrensd (de rechterlijke tussenkomst eindigt met de vaststelling van de betwiste kwesties) en het is in haar gevolgen begrensd (namelijk tot de partijen). Tot slot wordt binnen het klassieke model de gehele procedure geïnitieerd en gecontroleerd door partijen, waarbij de rechter een neutrale rol als scheidsrechter op zich neemt.

Het PLL-model, dat haar oorsprong kent in de jaren '50 van de vorige eeuw en met *Brown* haar hoogtepunt bereikte, wijkt op al deze punten af van het klassieke model.²¹⁰ Zo is het onderwerp van de procedure geen geschil tussen private partijen, maar een ongenoegen over de inhoud of uitvoering van (overheids)beleid.²¹¹ Dat leidt volgens Chayes tot de volgende kenmerken van het PLL-model:

'First, the party structure and the matter in controversy are both amorphous, defined ad hoc as the proceedings unfold rather than exogenously determined by legal theories and concepts. Second, the temporal orientation of the lawsuit is prospective rather than historical. Third, because the relief sought looks to the future and is corrective rather than compensatory, it is not derived logically from the right asserted. Instead, it is fashioned ad hoc, usually by a quasi-negotiating process. Fourth, prospective relief implies continuing judicial involvement. And because the relief is directed at government [...] policies, it will have a direct impact that

²⁰⁷ Chayes 1976.

²⁰⁸ Chayes 1982.

²⁰⁹ Chayes 1982, p. 4-5.

²¹⁰ Chayes 1982, p. 5-6.

²¹¹ Chayes 1982, p. 5.

extends far beyond the immediate parties to the lawsuit. All of these features press the trial judge into an active stance, with large responsibilities for organizing the case and supervising the implementation of relief.²¹²

Deze eigenschappen van PLL vragen volgens Chayes een fundamenteel andere procesrechtelijke benadering dan in het klassieke model. Tegelijkertijd constateert Chayes op basis van een analyse van de Supreme Court-jurisprudentie dat zij zelfs tijdens de hoogtijdagen van PIL de procesrechtelijke leerstukken probeert in te vullen op een manier die zoveel mogelijk in lijn is met de uitgangspunten van het klassieke model van individuele geschilbeslechting.

Zo zijn de gronden voor *standing* weliswaar steeds verder uitgebreid, maar zonder fundamentele heroverweging van het type belang dat toegang zou moeten geven tot een procedure en de gevolgen die dat heeft voor de procedure. Zo ging het bij vroege interpretaties van *standing* nog 'slechts' om particuliere juridische belangen (zoals financiële belangen en eigendom), terwijl de Supreme Court dit in de jaren '60 uitbreidde naar een *injury in fact*, waaronder een breed scala van belangen kan vallen.²¹³ Chayes betoogt dat veel van deze 'nieuwe' soorten belangen (zoals persoonlijke levenssfeer, persoonlijke expressie, autonomie) meer diffuus van aard zijn. Een schending ervan zal volgens Chayes vaak grote aantallen mensen op vrijwel dezelfde wijze treffen. Dat betekent dat zelfs wanneer een individuele eiser zijn procesbevoegdheid ontleent aan schending van een dergelijk belang, volgens Chayes moet worden erkend dat hij daarmee onvermijdelijk bredere kwesties van openbaar beleid aan de rechter voorlegt in plaats van een vergoeding van persoonlijke schade te zoeken.²¹⁴ Dat vergt volgens Chayes een fundamentele herbezinning op de functie van het procesrecht en de rol van de rechter in de context van PLL.

Wat voor *standing* geldt, geldt volgens Chayes ook voor de remedies. In PLL lijken de uitspraken van de rechter vaak meer op '*administrative orders*' dan op '*decrees settling private rights*':

'They are not so much peremptory commands, to be obeyed in terms, as they are future-oriented plans designed to achieve broad public policy objectives in a complex, ongoing fact situation.'²¹⁵

PLL komt volgens Chayes meestal niet neer op de traditionele *winner takes all*-benadering, maar vereist meer genuanceerde benaderingen. Ook dat vraagt volgens Chayes om een fundamentele herbezinning op het type remedie dat geschikt is in PIL-procedures en de wijze waarop de rechter tot een bepaalde remedie kan komen.²¹⁶ Zo signaleert Chayes dat er in de *remedial (implementa-*

212 Chayes 1982, p. 5.

213 Chayes 1982, p. 10.

214 Chayes 1982, p. 24.

215 Chayes 1982, p. 55-56.

216 Zie voor een uitwerking hiervan Roach 2021.

tion) phase van een rechtszaak steeds vaker stakeholders worden uitgenodigd, niet als partijen, maar om te zorgen dat de verschillende belangen kunnen participeren. Dat kan niet alleen bijdragen aan de legitimiteit en effectiviteit van de uitkomst, maar kan ook functioneren als ondersteuning voor de rechter in het beslissen over complexe kwesties.

Volgens Chayes is PLL een rechtssociologische realiteit en niet iets wat nog kan worden tegengehouden of ontkend. Zowel voor- als tegenstanders zullen volgens Chayes dus moeten erkennen dat PLL leidt tot een veranderende rol van de rechter, waarbij deze zich niet bezighoudt met een geschil tussen particulieren, of particulieren en de overheid, maar een controversale beslecht die voortvloeit uit de systemische gevolgen van overheidsbeleid en overheids-handelen. Rechterlijke uitspraken zullen in PLL noodzakelijkerwijs verstrekken-de gevolgen (kunnen) hebben voor politieke, economische en institutionele structuren, maar ook voor talloze personen die niet individueel voor de rechter verschijnen. De beslissing van de rechter berust in PLL volgens Chayes altijd min of meer rechtstreeks op overwegingen die betrekking hebben op publiek beleid.²¹⁷ Chayes ziet daar zelf overigens geen bedreiging in, maar zoekt de taak van de rechter in PLL in het formuleren en handhaven van publieke waarden en beleidslijnen die hij in grondwettelijke of wettelijke bepalingen aantreft. Daarmee beantwoordt de rechter aan de '*deep and durable demand for justice in our society*'.²¹⁸

6.4.4.2 Structural reform theory

Waar Chayes de opkomst van PLL duidt als iets 'nieuws' vanwege het publieke karakter van de rechten waarover wordt geprocedeerd, constateert Fiss dat sprake is van een nieuwe vorm van procederen, namelijk een gericht op structurele hervorming en verandering.²¹⁹ De opkomst daarvan hangt samen met 'the emergence of a society dominated by the operation of large-scale organizations', waarbij de rechter gevraagd wordt te reageren op (dreigende) inbreuken op constitutionele waarden door grootschalige organisaties (waaronder overheidsbureaucratieën).²²⁰ Kenmerkend voor dergelijke procedures is dat zij eigenlijk betrekking hebben op groepen: het gaat niet om incidentele inbreuken op de rechten van individuen, maar om structurele inbreuken op constitutionele waarden door grote (overheids)organisaties die daarmee (grote) groepen mensen raken. Fiss constateert dat de theorie over *legislative failures* (par. 6.4.1) hooguit aangeeft dat toegang tot de rechter voor (bepaalde) groepen gerechtvaardigd is, maar niet wat de rechter daarna met die macht moet

217 Chayes 1982, p. 58.

218 Chayes 1982, p. 57.

219 Fiss 1979.

220 Fiss 1979, p. 36.

doen.²²¹ Dat een groep in het politieke of bestuurlijke besluitvormingsproces ongehoord of zelfs ongekend is, betekent immers nog niet dat deze de procedure ook moet winnen. Fiss zoekt de rol van de rechter in het geven van betekenis aan en het toepassen van constitutionele waarden. De rechter:

‘[...] does that by working with the constitutional text, history, and social ideals. He searches for what is true, right, or just. He does not become a participant in interest group politics.’²²²

Volgens Fiss is dat echter niet een andere functie van het procesrecht dan bij geschilbeslechting, maar geldt in alle constitutionele procedures dat de rechter betekenis en toepassing geeft aan constitutionele waarden. Bij procedures die betrekking hebben op structurele hervorming spelen alleen nieuwe en specifieke legitimiteitskwesties, omdat dergelijke procedures de rechter in de positie plaatsen om bevelen te geven aan andere overheidsinstanties en ze zo te ‘herstructureren’. Dergelijke procedures richten zich immers niet op specifieke incidenten, ‘but rather upon the conditions of social life and the role that large-scale organizations play in determining those conditions’.²²³

Het verschil tussen ‘klassieke’ geschilbeslechting en procedures gericht op structurele hervorming is onder andere gelegen in het type slachtoffer: bij structurele inbreuken op constitutionele waarden is dat niet een individu, maar een groep, die volgens Fiss in ieder geval gedeeltelijk moet worden losgezien van specifieke individuen: ‘A group can exist, have an identity, and can be harmed, even though all the individuals are not yet in being and not every single member is threatened by the organization’.²²⁴ Fiss noemt het wreed als het procesrecht individuen zou dwingen om in dergelijke procedures op te treden als vertegenwoordiger voor een hele groep: zij bevinden zich ten opzichte van de organisatie immers in een kwetsbare positie, waarbij er voor hen veel op het spel staat.²²⁵ Dat maakt onder andere belangenorganisaties geschikter om dergelijke procedures te voeren. Hoewel belangenorganisaties ook hun eigen *biases* met zich meebrengen, acht Fiss het waarschijnlijker dat belangenorganisaties een volledig(er) plaatje kunnen presenteren van het recht en de feiten dan een individueel slachtoffer van structureel overheidsoptreden.²²⁶

Daarvoor is het wel van belang dat rechters moeten vaststellen of de belangen van de groep adequaat worden gerepresenteerd. Die representatie is des te belangrijker, nu de implicaties van de rechtszaak de partijen overstijgen. De rechter kan vanwege zijn onpartijdigheid niet zelf bijdragen aan

²²¹ Fiss 1979, p. 9.

²²² Fiss 1979, p. 9.

²²³ Fiss 1979, p. 18.

²²⁴ Fiss 1979, p. 19.

²²⁵ Fiss 1979, p. 20.

²²⁶ Fiss 1979, p. 20.

breder representatie, maar moet zorgen voor 'a broader representational framework', bijvoorbeeld door de figuur van *amicus curiae* in te zetten.²²⁷ Ook kunnen (zoveel mogelijk van) de leden van de groep (de vertegenwoordigers) op de hoogte worden gebracht van de procedure en worden uitgenodigd om de omvang en adequaatheid van de representatie aan te vechten. Fiss benadrukt dat adequate representatie in dergelijke procedures niet alleen van belang is voor de eisende partij, maar ook voor de verwerende partij.²²⁸ Zo kan het zijn dat een procedure die ziet op structurele inbreuken op constitutionele waarden wordt aangespannen tegen een bepaalde overheidsinstantie, terwijl de structurele problemen zich eigenlijk op een ander (hoger) level bevinden (denk bijvoorbeeld aan een gemeente die het beleid van de regering uitvoert).

Net als Chayes wijst Fiss op de implicaties van dergelijke procedures voor de remedies die de rechter kan inzetten. De *remedial phase* is in procedures die zien op structurele hervorming:

'[...] far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end – well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The task is not to declare who is right and who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that threatens the constitutional values.'²²⁹

Uiteindelijk meent Fiss dat het probleem niet zozeer is dat gewijzigde sociale structuren door de tijd heen veranderingen met zich meebrengen in de vorm van *adjudication*, maar dat moet worden voorkomen dat krampachtig wordt vastgehouden aan 'procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today'.²³⁰ Chayes en Fiss vertrekken weliswaar vanuit (licht) verschillende perspectieven, maar beiden beschouwen PLL-procedures niet alleen als een logisch gevolg van een toenemend complexe en gereguleerde samenleving, maar menen ook dat de rechter daarin een belangrijke democratisch-rechtsstatelijke rol te vervullen heeft: 'In this social setting, what is needed to protect the individual is the establishment of power centers equal in strength and equal in resources to the dominant social actors; what is needed is countervailing power'.²³¹ Dat maakt dat de rechter wel degelijk een legitieme rol te vervullen heeft in PLL-procedures, zij het dat daarbij wel een kritische reflectie vereist is op het toepasbare procesrecht.

227 Fiss 1979, p. 26-27.

228 Fiss 1979, p. 25.

229 Fiss 1979, p. 27-28.

230 Fiss 1979, p. 36.

231 Fiss 1979, p. 44.

6.4.4.3 Polycentriciteit

Waar Chayes en Fiss PLL en de bijbehorende veranderende rol van de rechter in het algemeen positief waarderen, ziet Fuller hierin juist een bedreiging. In 'The Forms and Limits of Adjudication' beargumenteert Fuller dat bepaalde typen (sociale) kwesties inherent ongeschikt zijn voor rechtszaken en in plaats daarvan dienen te worden beslecht binnen de wetgevende of uitvoerende macht of door de markt.²³² De kern van Fullers argumentatie is dat polycentrische kwesties niet geschikt zijn voor rechtszaken, omdat zij niet passen binnen het model van individuele geschilbeslechting. Een kwestie is polycentrisch als deze 'comprises a large network or web of interlocking relationships, such that a change to any one relationship causes a series of complex changes to other factors'.²³³ Het gaat dus om issues die complex zijn in de zin dat het moeilijk of onmogelijk is om te voorzien wie erdoor geraakt gaan worden en op welke manier, wat het vrijwel onmogelijk maakt om te weten wie de stakeholders zijn en wie (dus) moeten worden uitgenodigd om mee te praten.²³⁴ Deze behoefte van Fuller om alle betrokken partijen aan tafel te krijgen en te laten participeren volgt uit Fullers theorie van individuele geschilbeslechting (*adjudication*):²³⁵

'This whole analysis [of the optimum and essential conditions for the functioning of adjudication] will derive from one simple proposition, namely, that the distinguishing characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor [...]. Whatever destroys that participation destroys the integrity of adjudication itself.'²³⁶

Daarmee ligt participatie van partijen in de kern van Fullers opvatting over geschilbeslechting: de rechter is immers afhankelijk van wat partijen naar voren brengen om het geschil te kunnen beslechten. Nu polycentrische geschillen per definitie partij-overstijgend van aard zijn, passen zij niet in een model van individuele geschilbeslechting, omdat 1) de uitspraak zal leiden tot onbedoelde gevolgen; 2) het rechters aanzet tot het uitproberen van onorthodoxe oplossingen, zoals consultatie van niet-gerepresenteerde partijen; en 3) het rechters aanpoort om het probleem in een juridisch hanteerbare vorm te gieten.

Nu de inzet van *impact litigation* per definitie een partij-overstijgende is, past PLL slecht bij het uitgangspunt van Fuller dat de rol van de rechter beperkt is tot het vaststellen van subjectieve rechten van partijen in een concreet

232 Fuller 1978, p. 354.

233 Fuller 1978, p. 353; King 2012, p. 190.

234 King 2012, p. 191.

235 Die sterk is gericht op het Angelsaksische *common law*-model, dat wordt getypeerd als een *adversary system*.

236 Fuller 1978, p. 364.

geschil. Tegelijkertijd is Fullers theorie ook bekritiseerd en genuanceerd. Zo is wel aangevoerd dat in vrijwel ieder (publiekrechtelijk) geschil polycentrische elementen zijn aan te wijzen en dat Fuller de mogelijkheden van de rechter te beperkt ziet (zo wordt zeker in *civil law systems* meer gewezen op de expertise van de rechter en diens eigen onderzoek).²³⁷ Fiss stelt dat Fullers focus op participatie van alle betrokken individuen onrealistisch en onwenselijk is en dat in plaats daarvan in PLL-procedures zou moeten worden gefocust op adequate representatie van alle belangen:

'The judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but he need not turn his back on the constitutional claim or deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit.'²³⁸

Dat PIL-procedures (praktische) uitdagingen met zich kunnen brengen voor de rechter, erkent Fiss, maar volgens hem moeten deze niet tot de conclusie leiden dat PLL-procedures onwenselijk zijn. Dat zou namelijk betekenen dat de rechter in de meest omvangrijke sociale kwesties geen constitutionele waarden zou kunnen beschermen op het niveau waarop zij daadwerkelijk worden bedreigd (namelijk het structurele niveau).²³⁹

6.4.5 Tussenconclusie

Deze paragraaf betrof een verkenning van het Amerikaanse legitimiteitsdebat, waarbij uitgangspunten en argumenten de revue zijn gepasseerd die in het Nederlandse juridische debat nog weinig aandacht hebben gekregen. Hierbij is met name ingegaan op literatuur die een koppeling kan vormen tussen de in hoofdstuk 5 besproken sociaalwetenschappelijke inzichten met betrekking tot de rol van belangenorganisaties in het politieke proces enerzijds en de legitimiteit van de toegang van belangenorganisaties tot de rechter anderzijds. Daarbij wordt de toegang tot de rechter niet alleen gevonden in een bescherming van democratische waarden, maar ook (als zelfstandige overweging) in de bescherming van constitutionele waarden. De toegang van belangenorganisaties tot de rechter kan bovendien worden gelegitimeerd vanuit hun relatieve capaciteiten ten opzichte van individuen, waarmee zij kunnen bijdragen aan daadwerkelijke toegang tot de rechter en het creëren van een meer gelijkwaardig speelveld. Met hun ervaring, middelen en kennis kunnen zij immers kwalificeren als een *repeat player* en daarmee verschillen hun kosten-batenanalyses en strategische keuzes (in ieder geval gedeeltelijk) van individuele burgers

²³⁷ Allison 1994; King 2012.

²³⁸ Fiss 1979, p. 41.

²³⁹ Fiss 1979, p. 41 e.v.

als *one shotters*. Dat kan de machtsassymetrie met overheidspartijen verkleinen en bijdragen aan *equality of arms*. Om daadwerkelijk de toegang tot het recht te vergroten en bij te dragen aan effectieve rechtsbescherming, is het wel van belang dat belangenorganisaties voldoende representatief zijn. Dat betekent dat zij de belangen van hun achterban voldoende adequaat moeten behartigen. Dat betekent echter niet dat de representativiteit van belangenorganisaties altijd langs de meetlat van de representatieve democratie moet worden gelegd, maar dat afhankelijk van het type achterban en het type belang waarvoor wordt opgekomen moet worden gezocht naar de meest verantwoorde wijze van representatie.

De vraag hoe de rechter vervolgens zou moeten omgaan met PIL-procedures en of de rechter zich daarbij niet te veel in het politieke domein begeeft, is een veelbediscussieerde vraag in de VS. Hoewel deze niet de kernfocus vormt van dit onderzoek, kent dit debat ook argumenten die relevant zijn voor een beter begrip van de toegang van belangenorganisaties tot de rechter. Zo laat ook dit debat zien dat belangenorganisaties belangen kunnen behartigen die zich minder goed op individuele basis laten behartigen en dat belangenorganisaties hun procedures kunnen richten op een meer structureel niveau van overheidshandelen, maar dat dat kritische reflectie vraagt op de vormgeving van het huidige procesrecht. De Amerikaanse casus laat zien dat belangenorganisaties toch wel zullen blijven proberen de rechtsgang te gebruiken als forum voor sociale, politieke of juridische verandering, óók wanneer zij zelf geen of slechts een beperkt beroepsrecht hebben en óók wanneer sterk wordt vastgehouden aan het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming. In een toenemend gereguleerde en complexe samenleving, waarin overheidshandelen mensen ook (en misschien wel vooral) als onderdeel van een groep raakt, kunnen PIL-procedures een belangrijke countervailing power vormen, maar is de legitimiteit en effectiviteit ervan mede afhankelijk van de procesrechtelijke context waarbinnen deze plaatsvinden.

6.5 IMPACT

De legitimiteit en effectiviteit van PIL zijn in de Amerikaanse literatuur vaak moeilijk van elkaar te onderscheiden. In hoeverre de langetermijnresultaten van PIL (oftewel haar impact) in overeenstemming zijn met de beoogde doelen van PIL vormt een belangrijk onderwerp van debat. In deze paragraaf volgt een korte bespreking van terugkerende thema's in het empirische onderzoek naar de impact van PIL. Dat illustreert niet alleen de link tussen legitimiteit en effectiviteit in de context van PIL, maar laat ook zien dat de toegang tot de rechter uiteindelijk slechts één aspect is van de effectiviteit van procederende belangenorganisaties.

6.5.1 *Law reform* staat niet gelijk aan *social reform*?

In vergelijking met andere strategieën en fora voor bovenindividuele belangenbehartiging biedt procederen bepaalde voordelen (par. 5.5). Een belangrijk voordeel is dat de rechter (in ieder geval in theorie) gelijke toegang kent, terwijl deze in het politieke en bestuurlijke besluitvormingsproces vaak ongelijk is.²⁴⁰ Zo blijkt uit onderzoek naar bijvoorbeeld de ACLU dat deze mensenrechtenorganisatie in eerste instantie voorstander was van de '*popular constitutionalism approach*' – het idee dat deliberatie en participatie de aangewezen route vormen voor het ontwikkelen van constitutionele principes en het realiseren van sociale veranderingen – maar vanuit de realisatie dat dergelijke methoden falen waar het gaat om de rechten van politiek onpopulaire minderheidsgroepen toch koos voor de rechtsgang.²⁴¹ Daarbij wordt in de context van PIL benadrukt dat de rechter meer afgeschermd en onafhankelijk is van het politieke proces en daarom vrijer is om *the rule of law* te handhaven dan politieke actoren die ook verantwoording aan kiezers moeten afleggen.²⁴² Vooral met betrekking tot politiek controversiële of impopulaire kwesties kunnen gerechten een forum bieden waar *the rule of law* ingeroepen, toegepast en gehandhaafd kan worden. Voorstanders van PIL benadrukken dat de gang naar de rechter rechtstreekse mogelijkheden voor effectieve *law reform* kan bieden. Zo kan een *class action* of zelfs een individuele procedure resulteren in erkenning van bepaalde rechtsbeginselen. Dergelijke procedures kunnen in potentie daadwerkelijk effect realiseren voor individuen en leiden tot significante verandering voor groepen in de samenleving.

Tegenstanders of critici van PIL wijzen er echter op dat een juridisch succes niet gelijkstaat aan een succesvolle maatschappelijke of sociale verandering. *Law reform* is kortom nog geen *social reform*. Een bekend argument voor deze stelling is Scheingolds 'myth of rights'.²⁴³ Volgens Scheingold overschatten voorstanders van PIL ernstig de rol die advocaten en juridische procedures kunnen spelen in een strategie voor sociale verandering. Hun aanname lijkt te zijn dat procedures ertoe kunnen leiden dat een rechter een verklaring voor recht afgeeft die kan worden gebruikt om de verwezenlijking van deze rechten te verzekeren en dat deze verwezenlijking gelijkstaat aan betekenisvolle en duurzame verandering. Voorstanders van PIL zouden hiermee de rol miskennen die rechten in een democratische samenleving spelen. Door dergelijke issues in de juridische procesrechtelijke mal van hoor en wederhoor en eiser en verweerder te gieten zorgt PIL ervoor dat juist tegenstellingen benadrukt worden en partijen uit elkaar worden gedreven, terwijl het type issue waar PIL betrekking op heeft vraagt om samenbrengen in plaats van uit elkaar

240 Chen & Cummings 2013, p. 215; mits voldaan wordt aan de ontvankelijkheidsvereisten.

241 Zackin 2008.

242 NeJaime 2012, p. 665.

243 Scheingold 1974.

drijven.²⁴⁴ Scheingold meent dat in plaats van de *myth of rights* PIL-organisaties hun aandacht en middelen zouden moeten steken in de *politics of rights*:

'Instead of thinking of judicially asserted rights as accomplished social facts or as moral imperatives, they must be fought of, on the one hand, as authoritatively articulated goals of public policy and, on the other, as political resources of unknown value in the hands of those who want to alter the course of public policy. The direct linking of rights, remedies, and change that characterizes the myth of rights must, in sum, be exchanged for a more complex framework, the politics of rights, which takes into account the contingent character of rights in the American system.'²⁴⁵

Uit Scheingolds kritiek is onder meer afgeleid dat belangenorganisaties hun beperkte middelen effectiever zouden moeten inzetten, bijvoorbeeld door zich te richten op mobilisatie van de achterban of de ontwikkeling van 'broadly based, multi-issue grass-roots associations of sustained allegiance'.²⁴⁶

Een ander bekend argument tegen PIL is afkomstig van Rosenberg, die de rechtsgang een *Hollow Hope* noemt.²⁴⁷ In zijn studie naar de effectiviteit van *Brown* concludeert Rosenberg dat procederen 'siphons off crucial resources and talent, and runs the risk of weakening political efforts'.²⁴⁸ In *Brown* oordeelde de Supreme Court dat rassenscheiding in openbare scholen onconstitutioneel is, maar deze uitspraak maakte op zichzelf nog geen einde aan scholensegregatie. Een generatie van *public interest lawyers* heeft vervolgproucedures moeten voeren. Rosenberg concludeert dat rechters bijna nooit in staat zijn om significante sociale hervormingen te realiseren en meent dus ook dat *public interest groups* hun kennis en middelen anders zouden moeten inzetten.²⁴⁹ Dergelijke observaties over de beperkte effectiviteit van PIL trokken ook de legitimiteit ervan in twijfel: als PIL weinig effectief blijkt, dan realiseert PIL ook niet de doelstellingen die haar bestaan zouden kunnen legitimeren.

6.5.2 Het risico op *backlash*

Soms kan PIL zelfs leiden tot een slechtere uitkomst dan wanneer de belangenorganisatie ervoor had gekozen om helemaal niet te procederen. Een veelgenoemd voorbeeld van dergelijke *backlash* is de opkomst van conservatieve PIL.²⁵⁰ In reactie op de successen van de liberale en progressieve groepen

244 Scheingold 1974, p. 214.

245 Scheingold 1974, p. 5-7.

246 McCann 1986, p. 200.

247 Rosenberg 1991.

248 Rosenberg 1991, p. 339.

249 Rosenberg 1991, p. 338.

250 Klarman 1994; Rosenberg 2006, p. 813.

in de eerste helft van de twintigste eeuw zochten vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw in toenemende mate conservatieve groepen zelf de rechter op (par. 6.2.2.4). In eerste instantie beperkten de conservatieve groepen zich veelal tot het indienen van *amicus* brieven in procedures die waren gestart door progressieve of liberale groepen, maar later begonnen zij zelf procedures aanhangig te maken. Waar liberale en progressieve PIL vaak worden gelegitimeerd vanuit ondervertegenwoordiging in het politieke proces, legitimeren conservatieve groepen hun procedures vanuit ondervertegenwoordiging in het juridische proces.²⁵¹ Dat sindsdien de Supreme Court een steeds conservatievere samenstelling kreeg, kan ook mede worden beschouwd als een reactie op de eerdere successen van de progressieve en liberale belangenorganisaties, die juist waren gefaciliteerd door een voor hun gunstige Supreme Court-samenstelling in die tijd.²⁵²

Ook naar aanleiding van specifieke PIL-procedures kan *backlash* ontstaan. Het meest bekende voorbeeld is de historische zaak *Roe v. Wade*, waarin de Supreme Court in 1973 oordeelde dat het recht op abortus besloten lag in het constitutionele recht op privacy.²⁵³ Wetgeving die abortus verbood was daarom onconstitutioneel. Deze procedure werd beschouwd als een enorme overwinning voor de progressieve en liberale PIL-beweging, maar was tegelijkertijd uiterst controversieel. Met name conservatieve (religieuze) groepen konden zich hier niet mee verenigen en begonnen aan een strategie om het tegenovergestelde resultaat te bereiken. Op 24 juni 2022 deed de – inmiddels overheersend conservatieve – Supreme Court een uitspraak waarin zij *Roe v. Wade* ongedaan maakte.²⁵⁴ Ook de PIL-procedures over het homohuwelijk hebben geleid tot *backlash*. Zo werden na verschillende baanbrekende procedures over de erkenning van het homohuwelijk in wel 13 staten grondwetswijzigingen doorgevoerd om soortgelijke procedures te voorkomen.²⁵⁵ Het is natuurlijk moeilijk vast te stellen of dergelijke *backlash* ontstaat door de Supreme Court-uitspraken zelf of worden veroorzaakt door het succes van de beweging. In algemene zin stellen Chen en Cummings ‘that there is something about judges trumping popular will that inflames passions and contributes to countermobilization’.²⁵⁶ Dat maakt dat belangenorganisaties goed moeten afwegen of procederen wel de aangewezen route is om duurzame sociale verandering te realiseren of dat procederen de door de belangenorganisatie gewenste sociale verandering juist ondermijnt of op termijn zelfs tegenwerkt.

Ook in de wijze waarop de belangenorganisatie zich verhoudt tot de groep waarvoor zij opkomt schuilt het risico op *backlash*. Een veelgenoemd risico

251 Chen & Cummings 2013, p. 102.

252 Chen & Cummings 2013, p. 219.

253 USSC 22 januari 1973, 410 U.S. 113 (*Roe v. Wade*).

254 USSC 23 juni 2022, 597 U.S. 215 (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*).

255 Zie o.a. Klarman 2013; Siegel 2017.

256 Chen & Cummings 2013, p. 229.

in de context van PIL betreft *client disempowerment*. Het doel achter PIL is juist om ondervertegenwoordigde groepen bij de rechter een stem te geven, maar dit doel dreigt niet gerealiseerd te worden op het moment dat belangenorganisaties en hun juristen gaan bepalen wat in *the public interest* is, zonder te controleren of hun cliënten en hun bredere achterban of groep dit wel hetzelfde zien. Critici van PIL betogen dat PIL juist kan leiden tot een dynamiek waarin de macht van de belangenorganisatie toeneemt ten koste van de autonomie en het vermogen van cliënten om verantwoordelijk te zijn voor hun eigen lot.²⁵⁷ Het risico bestaat dat PIL-lawyers hun eigen opvattingen opleggen aan hun cliënten en de neiging hebben, bewust of onbewust, om hun professionele deskundigheid over hun cliënten uit te oefenen, waarbij zij *top-down* het verloop van de rechtszaak controleren en daarmee de autonomie van de individuele burgers en de groep devalueert. Deze bezorgdheid speelt met name bij *impact litigation*, waarbij PIL-lawyers complexe geschillen managen en de cliënten diffuus zijn en/of niet over voldoende kennis van zaken beschikken, waardoor zij eerder geneigd zijn blindelings de PIL-lawyers te volgen.²⁵⁸ De oplossing voor dit risico kan worden gevonden in PIL-lawyers die zich bewust zijn van deze risico's en de relaties met de individuele cliënt en de achterban zo vormgeven dat hieraan zoveel mogelijk wordt tegemoetgekomen (par. 6.4.3).²⁵⁹

6.5.3 Van *public interest litigation* naar *public interest lawyering*

In reactie op bovengenoemde kritiek dat belangenorganisaties te zwaar leunen op procederen en daarbij andere vormen van *advocacy* en mobilisatie uitsluiten, hebben zij hun focus verschoven van *public interest litigation* naar *public interest lawyering*.²⁶⁰ Dat betekent niet dat procederen als strategie volledig is verlaten, maar dat het belang wordt onderstreept van een geïntegreerde aanpak om zo de vereiste culturele verandering te realiseren die nodig is om blijvende sociale hervormingen tot stand te kunnen brengen.²⁶¹ Zo spelen binnen *public interest lawyering* naast PIL ook mobilisatie en sociale bewegingen een belangrijke rol.²⁶² Hierbij is PIL niet langer dé manier om sociale verandering te realiseren, maar kan PIL indirect wel andere tactieken versterken, bijvoorbeeld door de aandacht van het publiek te vestigen op maatschappelijke problemen of door een educatieve functie te vervullen voor de wetgevende macht, politici, media, rechters en leden van de samenleving. Dit alles kan uiteindelijk leiden

257 Chen & Cummings 2013, p. 222.

258 Chen & Cummings 2013, p. 223.

259 Chen & Cummings 2013, p. 223.

260 Chen & Cummings 2013, p. 516.

261 Zie bijv. ook Stoddard 1997, p. 985, die pleit voor strategieën die zowel 'culture-shifting' als 'rule-shifting' zijn.

262 Cummings & Rhode 2009, p. 609, 612.

tot de gemeenschapsvorming die nodig is voor duurzame sociale verandering.²⁶³ Katz en Barnabei concluderen bijvoorbeeld op basis van empirisch onderzoek dat juridische overwinningen het meest effectief zijn gebleken als zij werden ondersteund door een sterke, uitgesproken en landelijke achterban.²⁶⁴ Zonder deze culturele steun voor maatschappelijke verandering zouden juridische overwinningen kunnen worden gezien als illegitiem of 'as the product of unelected judges thwarting the will of the people or imposing their own views too far outside the mainstream of popular opinion'.²⁶⁵ Hoewel *public interest lawyering* breder is dan procederen bij de rechter en daarmee eigenlijk buiten de afbakening van dit onderzoek valt, laat de verschuiving van PIL naar *public interest lawyering* zien dat de rechtsgang niet in alle gevallen de gewenste strategie is en dus ook niet moet worden geïdealiseerd.

De beoordeling van de effectiviteit van PIL is casuïstischer geworden: per kwestie moet worden beoordeeld wat de beste combinatie van strategieën is en of procederen überhaupt iets toevoegt. In de woorden van Cummings en Rhode:

'The effectiveness of litigation in any given situation depends on a range of complex, contextual factors, and must be evaluated in relation to plausible alternatives. Although, as Scheingold warned, activists must avoid mythologizing rights, so too they must avoid romanticizing political activism.'²⁶⁶

Zelfs Scheingold zelf, die vaak wordt gezien als criticus, heeft PIL niet compleet afgeschreven, zolang het maar niet als geïsoleerde tactiek wordt gezien:

'[r]ights are no more than a political resource which can be deployed, primarily through litigation, to spark hopes and indignation. Rights can contribute to political activation and organization, thus planting and nurturing the seeds of mobilization. [...] Mobilization thus emerges from this perspective as the strategy, litigation as a contributory tactic, and rights as a source of leverage. With mobilization as the centerpiece, it is immediately clear that legal tactics cannot be judged in isolation. Their utility is derived from mobilization and cannot transcend the opportunities inherent in that strategy. Moreover, effective mobilization is surely not the automatic consequence of deploying rights. So far, all that has been established is that legal tactics can make a contribution to mobilization.'²⁶⁷

Ook de wijze waarop eerdere auteurs de effectiviteit van PIL onderzochten is onderwerp geworden van debat.²⁶⁸ Zo wordt gepleit voor een verschuiving van de focus op hoe PIL *niet* heeft geleid tot de ideale samenleving naar wat

263 Chen & Cummings 2013, p. 220.

264 Katz & Barnabei 1994, p. 302-303.

265 Chen & Cummings 2013, p. 229.

266 Cummings & Rhode 2009, p. 613.

267 Scheingold 1974, p. 204-205.

268 Cummings 2017, p. 1724-1725.

PIL *wel* heeft weten te bereiken in relatie tot en als onderdeel van andere strategieën.²⁶⁹ Zelfs als een PIL-procedure niet heeft geleid tot het gewenste doel, kan het nog steeds voor relatieve verbetering hebben gezorgd. Daarmee is de focus in de beoordeling van PIL verschoven van *sweeping social change* naar *incremental change*. In de woorden van Cummings:

‘Particularly if we begin from the premise that courts are constrained in their ability to procedure change, we might ask whether public interest lawyers have effectively leveraged the judiciary’s power to advance progressive causes – incrementally, but forward nonetheless – rather than judging success on the basis of fully and faithfully implemented judicial decisions.’²⁷⁰

6.6 CONCLUSIE

De VS als geboorteplaats van PIL kent een rijke traditie van belangenorganisaties die de rechtsgang gebruiken om te proberen sociale verandering te realiseren. Hoewel de Amerikaanse ervaring en inzichten vanwege grote verschillen in rechtsstelsel, rechtscultuur en politieke cultuur niet een-op-een op de Nederlandse situatie van toepassing zijn, biedt een verkenning van de Amerikaanse literatuur over de rol van belangenorganisaties in PIL wel volop mogelijkheden om kritisch te reflecteren op het Nederlandse juridische debat door leemten op te vullen, argumenten te nuanceren of aan te vullen en aannames van empirische onderbouwing te voorzien of juist te weerleggen.

Binnen de opkomst en ontwikkeling van PIL in de VS speelt het concept ondervertegenwoordiging een belangrijke rol. Zo is PIL tot ontwikkeling gekomen door politiek niet- of ondervertegenwoordigde groepen die hun heil zochten in het recht en de rechtsgang. Tegenstanders van PIL zien daarin een oneigenlijke omzeiling van het democratische besluitvormingsproces, terwijl voorstanders het beschouwen als een bescherming van democratische en constitutionele waarden. Naast ondervertegenwoordiging in het politieke proces staat binnen PIL ook ondervertegenwoordiging in het juridische proces centraal. Zo blijken bepaalde typen procespartijen meer juridische mogelijkheden te hebben dan andere. Dat kan te maken hebben met verschillen in geld, kennis en middelen, maar ook met het gegeven dat een processtrategie er anders uitziet voor iemand die incidenteel procedeert dan voor iemand die bij herhaling procedeert over soortgelijke kwesties. Met name in procedures tegen de overheid wordt gewezen op het verschil in procespositie tussen burgers en de overheid, waarbij de overheid door onder andere het spreiden van risico’s en het voorselecteren op (gunstige) zaken meer mogelijkheden heeft om in te zetten op rechtsontwikkeling dan een individuele burger.

269 Cummings 2012, p. 554.

270 Cummings 2012, p. 554.

Belangenorganisaties kunnen tot op zekere hoogte compenseren voor ongelijkheden tussen procespartijen en bijdragen aan een gelijk(er) speelveld.

Tegelijkertijd is het Amerikaanse procesrecht door *Article III* van de Amerikaanse Constitutie sterk gericht op individuele rechtsbescherming in concrete zaken, waardoor een beroepsrecht voor belangenorganisaties zoals wij dat kennen in Nederland ontbreekt. Toch laat het fenomeen PIL zien dat het Amerikaanse procesrecht diverse mogelijkheden biedt om vanuit een concrete, individuele zaak tot een bredere insteek van de procedure te komen. Daarvoor is bijvoorbeeld de *class action* een belangrijk instrument, waarbij een individuele procespartij via *class certification* tot *class representative* kan worden gemaakt en als zodanig symbool staat voor een grotere groep vergelijkbare gevallen. Ook de figuur van *amicus curiae* wordt veelvuldig gebruikt door belangenorganisaties. Naast een instrument voor rechtsontwikkeling blijkt de *amicus curiae* ook een belangrijk instrument voor rechtsbescherming, waarbij vooral van belang is dat belangenorganisaties – in tegenstelling tot in Nederland – zelf kunnen kiezen in welke procedures zij *amicus*brieven willen indienen.

De Amerikaanse ervaringen laten zien dat een beroep voor belangenorganisaties geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor PIL. Het grootste deel van de PIL-procedures betreft immers ‘normale’ individuele procedures die worden ondersteund (en georkestreerd) door belangenorganisaties. Dat doet vermoeden dat voor PIL de mogelijkheid tot *judicial review* waarschijnlijk belangrijker is dan een beroepsrecht voor belangenorganisaties. Nu juist algemene regels potentieel grote groepen burgers raken, is *judicial review* een cruciaal onderdeel van veel PIL-procedures. PIL richt zich echter niet alleen tegen algemene regels, maar ook tegen structurele uitvoeringspraktijken en vormen van institutioneel onrecht. Dergelijke procedures vormen volgens voorstanders geen breuk met het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming, maar ‘de andere kant van de medaille’, waarbij collectieve rechtsbescherming in het verlengde ligt van individuele rechtsbescherming.

Tegelijkertijd laat de Amerikaanse praktijk ook zien dat de focus op het individu de bescherming van bepaalde typen belangen in rechte heel moeilijk of zelfs onmogelijk maakt. Dat geldt in het bijzonder voor milieubelangen, maar ook voor andere typen belangen die zich niet of slechts geforceerd laten vertalen tot individuele belangen. In de Amerikaanse literatuur zijn daarom pleidooien te vinden voor een beroepsrecht voor belangenorganisaties op basis van de bovenindividuele belangen die zij behartigen. Dat wordt niet zozeer relevant geacht voor situaties waarin het gaat om homogene groepen die op gelijksoortige wijze worden geraakt door overheidshandelen (daarvoor biedt een individuele procedure met mogelijkheid tot *judicial review* en precedentwerking op zich ook uitkomst), maar juist voor situaties waarin het gaat om meer heterogene groepen die op gedifferentieerde wijze worden geraakt door overheidsbeleid. Enkel door het bundelen van hun belangen en ervaringen kan effectief worden geprocedeerd over bijvoorbeeld structurele problemen in de uitvoeringspraktijk of ‘diffuse’ belangen als privacy. De Amerikaanse

voorbeelden en pleidooien illustreren dat de meerwaarde van belangenorganisaties in het recht misschien niet enkel zit in het creëren van een ‘simpele’ optelsom, maar juist ook in het samenbrengen van ervaringen ten aanzien van gemeenschappelijk overheidshandelen en het blootleggen van structurele of systemische onrechtvaardigheid.

Binnen PIL speelt representativiteit een belangrijke rol. Daar wordt in de Amerikaanse literatuur anders naar gekeken dan in Nederlandse literatuur. De vraag is niet zozeer hoe kan worden gegarandeerd dat een belangenorganisatie op draagvlak kan rekenen en inzichtelijk kan worden gemaakt wie er precies achter schuilgaan, maar vooral hoe een belangenorganisatie op een verantwoorde wijze groepen en belangen binnen de samenleving adequaat kan representeren. Het Amerikaanse rechtssociologische en -ethische onderzoek biedt diverse handvatten voor het doordenken van deze vraag. Aspecten die daarbij een grote rol spelen, maar in het Nederlandse debat nog weinig aandacht krijgen, zijn het belang van mobilisatie, groeps grootte en homo- of heterogeniteit van een groep. Daarbij geldt grofweg dat naarmate een groep groter is, minder gemobiliseerd is en meer heterogeen is samengesteld, een belangenorganisatie alleen al omwille van praktische beperkingen zal moeten omschakelen van het vertegenwoordigen van belangen van personen naar het vertegenwoordigen van belangen *in abstracto*. Niet alleen het type belang, maar dus ook het type groep moet mede bepalend zijn voor een zinvolle invulling van het concept representativiteit en het doordenken van verantwoorde vormen van representatie.

De Amerikaanse ervaring laat zien dat het juridische proces niet moet worden geïdealiseerd. Toegang tot de rechter is uiteindelijk maar één aspect van de effectiviteit van procederende belangenorganisaties. De wijze van toetsing door de rechter, de uitspraakbevoegdheden van de rechter en de mogelijkheden tot monitoring en handhaving van uitspraken spelen ook een belangrijke rol. Naast deze juridische redenen moet ook de rol van het democratische proces in het creëren van duurzame, sociale verandering niet worden onderschat of vergeten. Juridisch succes staat niet automatisch, en vaak helemaal niet, gelijk aan de door de belangenorganisatie gewenste maatschappelijke verandering. Waar sommigen in PIL alleen een ‘*myth of rights*’ zien en in rechters een ‘*hollow hope*’, zien anderen nog wel degelijk heil in PIL. Procederen is echter niet langer dé strategie van belangenorganisaties, maar eerder één van de beschikbare instrumenten in de toolbox, waarbij telkens kritisch moet worden bekeken welk(e) (combinatie van) instrument(en) het meest duurzaam kan bijdragen aan sociale verandering en het minste risico op *backlash* met zich brengt.